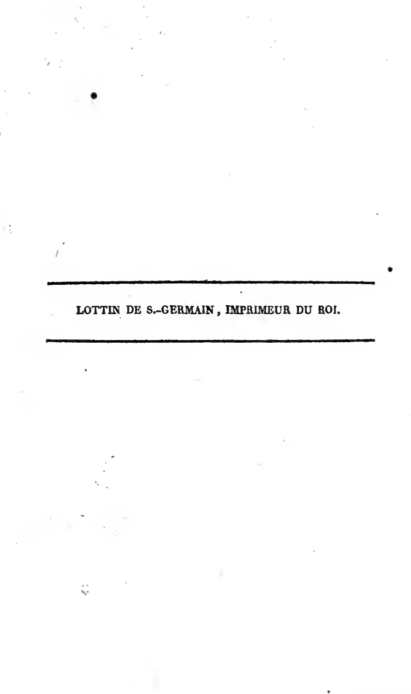


PRINCIPES

DU

DROIT DE LA NATURE

ET DES GENS.



LOTTIN DE S.-GERMAIN, IMPRIMEUR DU ROI.

PRINCIPES

DU

DROIT DE LA NATURE ET DES GENS,

PAR J.-J. BURLAMAQUI,

Avec la suite du DROIT DE LA NATURE, qui n'avait point encore paru ; le tout considérablement augmenté, par M. le professeur DE FÉLICE.

NOUVELLE ÉDITION, REVUE, CORRIGÉE,

Et augmentée d'une Table générale analytique et raisonnée.

PAR M. DUPIN,

Docteur en Droit, et Avocat à la Cour Royale de Paris.



TOME III.



A PARIS,
CHEZ B. WARÉE, ONCLE, LIBRAIRE DE LA COUR ROYALE, AU PALAIS DE JUSTICE.

M. DCCC. XX.

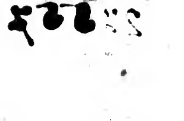




TABLE
DES CHAPITRES

CONTENUS DANS CE TROISIÈME VOLUME.

SUITE DE LA QUATRIÈME PARTIE.

Détail des principales lois de la Sociabilité; et des devoirs qui en résultent..... Page 1

CHAPITRE IV.

Des engagemens où l'on entre, par des promesses ou des conventions. Fidélité à tenir sa parole ; autre loi de la sociabilité.............................. 1

CHAPITRE V.

De l'usage de la Parole.

Observer la vérité dans ses discours. Autre loi de la sociabilité. 68

CHAPITRE VI.

Du serment.............................. 103

CHAPITRE VII.

Du droit que les hommes ont naturellement sur les choses ou les biens du monde... 137

CHAPITRE VIII.

De l'Origine et de la Nature de la propriété. 152

CHAPITRE IX.

Des différentes manières d'acquérir la propriété des biens.......................... 180
De l'acquisition primitive et originaire. .. 181
Des acquisitions dérivées en général...... 188
Des Testaments.......................... 193
Des Successions ab intestat............. 203
De la Prescription...................... 216
De l'Acquisition des Accessoires......... 220

CHAPITRE X.

Des Devoirs qui résultent de la propriété des biens.......................... 223

CHAPITRE XI.

Du prix des choses et des actions qui entrent en commerce.................. 229

CHAPITRE XII.

Des Contrats qui supposent la propriété des biens et le prix des choses, et des Devoirs qui en résultent.................... 244

DES CONTRATS BIENFAISANTS.

1°. *De la Donation*.................... 245
2°. *Du Mandement ou de la commission*.. 248
3°. *Du Prêt à usage*................. 252
4°. *Du Dépot*........................ 254

Des Contrats onéreux en général. 257

1°. *De l'Echange*...................... 266
2°. *De la Vente*...................... 267
3°. *Du Contrat à louage*.............. 273
4°. *Du Prêt à consomption*............ 276
5°. *Du contrat de Société*............ 289
6°. *Des contrats où il entre du hasard*.... 293
7°. *Des contrats accessoires*........... 299

CHAPITRE XIII.

Comment finissent les engagemens où l'on est entré par quelque convention....... 309

CHAPITRE XIV.

Du Mariage......... 314

1°. *Remarques préliminaires*........... 317
2°. *Principes généraux sur le Mariage*... 325
3°. *Détail des Lois naturelles, concernant le mariage*........................ 336

CHAPITRE XV.

De la Famille, du Pouvoir paternel, et des Devoirs réciproques des pères, et des mères, de leurs enfants, des serviteurs, et des esclaves........................ 401

CHAPITRE XVI.

De la manière d'interprêter les Conventions et les Lois......................... 468

CHAPITRE XVII.

Moyen de terminer les différends entre ceux qui n'ont point de juge commun, et qui se trouvent, à cet égard, dans l'état de nature.......................... 490

CONCLUSION GÉNÉRALE.................. 506

FIN DE LA TABLE DES CHAPITRES DU TROISIÈME VOLUME.

PRINCIPES
DU
DROIT NATUREL.

SUITE DE LA QUATRIÈME PARTIE.

CHAPITRE IV.

Des engagemens où l'on entre par des promesses ou des conventions. Fidélité à tenir sa parole; autre loi de la sociabilité.

§. I. Après avoir traité des devoirs absolus et généraux que les hommes se doivent les uns aux autres, il faut passer maintenant aux devoirs particuliers et conditionnels, qui supposent quelque fait ou quelque établissement humain.

§. II. Or, entre tous ces établissemens, celui qui se présente le premier, et dont l'usage est d'une plus grande étendue, ce sont les promesses et les conventions. Le terme de convention, comprend toutes sortes de promesses, de contrats, de traités, de pactes de toute nature.

[118. Il est vrai que chacun de ces termes exprime plus particulièrement une certaine con-

vention: par exemple, on ne se sert guère du terme de pacte que pour les conventions qui concernent les successions. On dit un *traité de société*. On appelle *contrats*, les conventions par lesquelles deux personnes s'obligent réciproquement, et qui ont un nom propre, comme un *contrat de vente*, *d'échange*, etc. *Obligation* proprement dite, est l'engagement d'une personne envers une autre, par un acte authentique; et *promesse*, est un engagement verbal ou sous seing privé : mais tous ces engagemens produisent également une obligation civile et une action.]

§. III. Une convention est donc l'accord ou le consentement de deux ou de plusieurs personnes, par lequel elles s'engagent à faire quelque chose l'une pour l'autre.

§. IV. Lusage des conventions est une suite de l'ordre de la société. C'est le moyen le plus propre pour se communiquer réciproquement les différents secours qui nous sont nécessaires. Il est vrai que la loi de la bénéficence, engage les hommes à se rendre dans le besoin, des services mutuels. Mais, outre que tout le monde n'a pas le cœur assez bien fait pour faire du bien par principe de générosité, il arrive souvent qu'on n'est pas en état de donner sans intérêt; et les conventions pourvoient à ces inconvéniens.

[119. D'ailleurs, ce en quoi les autres peuvent nous accommoder, est souvent de telle nature qu'on n'oserait l'exiger d'eux en pur don. Quelquefois aussi le caractère, ou la condition d'une

personne, ne lui permettent pas d'avoir obligation à d'autres, pour les choses dont elle a besoin de leur part ; outre que souvent ils ne savent pas même en quoi ils peuvent nous être utiles. Pour rendre donc plus fréquent et en même temps plus régulier ce commerce de services qui fait le lien et l'agrément de la société, il était nécessaire que les hommes traitassent ensemble, au sujet des choses qu'ils ne pouvaient pas toujours se promettre certainement les uns des autres, par un simple effet des impressions que les lois de l'humanité font, ou peuvent faire, sur les cœurs. Ainsi, pour l'usage de leur industrie et de leur travail, les hommes s'associent, se louent, et agissent différemment les uns pour les autres. Ainsi, pour l'usage des choses, lorsqu'ils ont besoins de les acquérir ou de s'en défaire, ils en font commerce par des ventes et par des échanges ; et lorsqu'ils n'ont besoin de les avoir que pour un temps, ils les louent, ou les empruntent ; et selon leurs divers besoins, ils font différentes sortes de conventions.]

§. V. Concluons donc que l'usage des conventions était nécessaire à plusieurs égards. 1°. Pour produire de nouvelles obligations entre les hommes. 2°. Pour rendre parfaites des obligations qui n'étaient qu'imparfaites. 3°. Pour éteindre des obligations où l'on était entré, comme quand un créancier déclare qu'il tient quitte son débiteur. 4°. Enfin, pour remettre en force et en vigueur des obligations interrompues, ou même

entièrement éteintes. Cela se voit dans les traités de paix par lesquels une guerre est terminée.

§. VI. Il résulte de ces réflexions, que quoiqu'il dépende d'un chacun d'entrer ou de ne pas entrer en tel engagement en particulier, il est cependant du Droit naturel qu'il y ait des engagemens volontaires entre les hommes, puisque sans cela la société ne saurait se soutenir d'une manière avantageuse. C'est ce que l'on peut appeler le *Droit de commerce*.

[120. « Les conventions, disait un ancien » orateur Grec, ont une si grande vertu, que » les Grecs et les Barbares les font également » intervenir dans la plupart des affaires de la » vie. C'est sur la foi des conventions que nous » entretenons commerce, et que nous négocions » les uns avec les autres, pour nous fournir ré- » ciproquement les choses dont chacun a besoin. » C'est à la faveur des conventions que nous » passons des contrats, et que nous terminons » non-seulement les querelles particulières, mais » encore les guerres publiques. En un mot, c'est » la seule loi dont l'usage soit général et perpé- » tuel parmi les hommes (1) ».]

§. VII. Mais afin que les conventions produisent les avantages dont nous avons parlé, il est absolument nécessaire que les hommes soient fidèles à leurs engagemens. C'est donc une loi du Droit naturel, que chacun tienne inviolable-

(1) Isocrat. advers. Callimach.

ment sa parole, ou qu'il effectue ce à quoi il s'est engagé. La nécessité et la justice de cette loi, sont manifestes. Anéantissez la fidélité dans les conventions, et il n'y aura plus ce commerce de services, sur lequel roule la vie humaine, toute confiance s'évanouira, et l'on sera forcé d'avoir recours à la violence, pour se faire rendre justice. L'égalité naturelle, et l'obligation de ne faire du mal à personne, prouvent encore la nécessité de ce devoir. Enfin, la pratique en est d'une nécessité si pressante pour le bonheur des hommes, que l'obligation qui en résulte est une obligation parfaite et rigoureuse; en sorte que, l'on peut employer la contrainte, ou l'autorité d'un supérieur commun, pour en obtenir l'exécution.

[121. En effet, sans cela, le genre humain perdrait la plus grande partie de l'utilité qui lui revient d'un tel commerce de services: commerce au jugement de Cicéron, dont les brigands même et les corsaires, qui ne vivent que de crimes et de rapine ne peuvent pas se passer (1). D'ailleurs si l'on n'était pas dans une obligation indispensable de tenir ce qu'on a promis, personne ne pourrait compter sur les secours d'autrui; on appréhenderait toujours un manque de parole, qui aussi arriverait très-souvent; et delà il naîtrait mille sujets légitimes de querelles et de guerres. C'est donc une des maximes les plus inviolables du droit naturel, de l'observation de

(1) *Vid.* de Offic., lib. II, cap. I.

laquelle dépend tout l'ordre, toute la beauté, et tout l'agrément de la vie humaine, que chacun doit être fidèle à ses engagemens, et tenir inviolablement ce qu'il a promis, et comme le droit naturel regarde tous les hommes en général, on ne peut sans frémir voir que des chrétiens pensent qu'on n'est pas tenu d'être fidèle à ses engagemens, et de tenir sa parole à des personnes d'une autre religion. Qu'ils apprennent leurs obligations des Payens. *Cum quocunque*, disaient les disciples de Zoroastre, *feceris pactum, id ne frangas..... Nec putes tecum dicere, quamvis pactum fregero, id tamen non erit mihi peccatum : et sive sit cum aliquo in religione nostrâ, sive extra eam, res perinde est* (1). Les Pythagoriciens, pour s'accoutumer à ne pas manquer de parole dans les choses importantes, poussaient leur délicatesse jusqu'au scrupule en matière de bagatelles. On rapporte là-dessus un conte fort plaisant. Lysis, philosophe de cette secte, sortant un jour du temple de Junon, trouva un de ses condiciples, nommé Euriphame, qui y entrait, et qui lui dit de l'attendre, jusqu'à ce qu'il eut fait ses dévotions. Il s'assit donc devant le temple. Mais malheureusement Euryphame étant tombé dans de profondes méditations, oublia ce qu'il avait promis, et sortit par une autre porte. Cependant Lysis, sans se rebuter, demeura là tranquillement le reste du jour, et y

(1) Thom. Hyde, *de Relig. Veterum Persarum*, etc., *in Sad-der. porta* XXVIII. *Voyez* aussi Montaigne, liv. III, chap. IX, tom. IV.

passa même la nuit et une bonne partie du jour suivant : après quoi l'autre étant allé à l'auditoire, et voyant qu'on parlait de Lysis, comme ne sachant ce qu'il était devenu, il rappela sa mémoire, et alla vîte relever de sentinelle le scrupuleux observateur de la parole donnée (1). C'est là sans contredit une exactitude outrée : mais ici il vaut mieux pécher de ce côté-là, que de se laisser aller à la moindre négligence.]

§. VIII. On peut faire plusieurs divisions des engagemens.

1°. Ils sont ou obligatoires d'un seul côté, ou obligatoires des deux côtés. Les premiers (*pacta unilateralia*) sont ceux par lesquels une personne s'engage à quelque chose envers une autre, sans que celle-ci s'engage elle-même. Telles sont les promesses gratuites. Les seconds (*pacta bilateralia*) sont au contraire ceux par lesquels deux ou plusieurs personnes s'engagent réciproquement à faire quelque chose les unes pour les autres. 2°. Il y a des conventions réelles, et des conventions personnelles. Les conventions réelles sont celles qui passent aux héritiers des contractants. Les conventions personnelles sont, au contraire, celles qui n'obligent que les personnes mêmes qui les ont faites. 3°. Enfin, il y a des conventions expresses, et des conventions tacites, comme nous l'expliquerons dans la suite.

§. IX. A l'égard des promesses, il faut remarquer qu'elles n'ont pas toutes la même force.

(1) Jamblic. *in vita Pythagoræ*, cap. XXX.

1°. Quelquefois nous ne les faisons que dans la vue de témoigner à quelqu'un notre amitié et notre bienveillance ; et alors l'engagement où l'on entre, n'est pas un engagement parfait et rigoureux ; il suffit que nous parlions sincèrement ; et celui à qui nous les faisons n'acquiert pas pour cela contre nous un droit parfait et rigoureux : c'est pourquoi ces promesses sont appelées imparfaites.

[122. C'est ainsi, par exemple, que l'Empereur Tibère écrivait autrefois à Séjan, « qu'il ne » lui découvrirait point pour l'heure ce qu'il » roulait dans son esprit, et les nouvelles al- » liances par lesquelles il se proposait de l'atta- » cher à lui » (1). Des paroles de cette nature ne mettent dans aucune obligation, et ne donnent point de droit à personne. *Nulla promissio potest consistere quæ ex voluntate promittentis statum capit* (2).]

2°. Mais si notre intention va plus loin, et que nous nous exprimions de manière à donner un véritable droit à celui à qui nous promettons, alors la promesse devient parfaite et nous oblige à toute rigueur ;

[123. Et a le même effet que l'aliénation, ou le transport de propriété. Car elle est un acheminement ou à l'aliénation de quelque partie de nos biens, ou à une espèce d'aliénation de quelque partie de nos biens, ou à une espèce d'alié-

(1) Tacit. *Annal.* IV, cap. XL.
(2) Digest., lib. XLV, tit. I, *de Verborum obligat.*, leg. CVIII.

nation de quelque partie de notre liberté. Le premier renferme les *promesses de donner* : l'autre celles de *faire*. La révélation nous fournit une preuve éclatante de cette vertu que nous attribuons aux véritables promesses. Car l'Ecriture Sainte nous enseigne (1), que Dieu même, qui ne peut être soumis à aucune loi imposée par autrui, agirait contre sa propre nature, s'il ne tenait ce qu'il a promis. D'où il s'ensuit, que la nécessité d'effectuer les promesses vient des règles d'une justice immuable, commune à Dieu, et à tous les êtres intelligents. Il y a cependant quelque différence entre les promesses divines et les promesses humaines. Dieu tient ponctuellement ce qu'il a promis, non que personne ait acquis par-là quelque droit ; mais parce qu'il serait indigne de sa grandeur, de sa véracité et de sa bonté, de frustrer l'attente de ceux à qui il a fait espérer quelque chose. En effet, lorsqu'on ne tient pas ce qu'on a promis, c'est ou parce qu'on manque de forces, ou par légéreté, ou par malice, ou à cause que, quand on s'est engagé, on ne prévoyait point la situation où se trouveraient les affaires au temps de l'exécution, toutes choses qui emportent une imperfection manifeste. Il faut donc dire, que Dieu ne peut qu'effectuer ses promesses ; au lieu que les hommes doivent indispensablement ne pas manquer à tenir les leurs : de sorte que l'exécution des

(1) Nehem. IX, 8. Hebr. VI, 18. X, 23. I. Cor. I, 9, etc. etc.

promesses humaines est obligatoire ; au lieu que celle des promesses divines est purement gratuite.]

§. X. Voyons à présent, quelle doit être la nature du consentement, et quelles conditions il doit avoir, afin qu'il soit véritablement obligatoire.

Je dis donc que le consentement nécessaire dans les conventions suppose, 1°. l'usage de la raison ; 2°. qu'il soit déclaré convenablement ; 3°. qu'il soit exempt d'erreur ; 4°. exempt de dol ; 5°. accompagné d'une entière liberté ; 6°. qu'il n'y ait rien de contraire à la disposition des lois ; 7°. et enfin, qu'il soit réciproque.

§. XI. 1°. Les conventions supposent *l'usage de la raison* : car les conventions étant établies pour satisfaire à nos besoins, cela suppose nécessairement que les contractants connaissent ce qu'ils font, et qu'ils ont examiné la chose à laquelle ils s'engagent ; ce qui demande l'usage de la raison. C'est pourquoi, les promesses et les conventions des enfants, des jeunes gens, des imbécilles, des insensés, ou de ceux à qui le vin a entièrement ôté l'usage de la raison, sont nulles par elles-mêmes. Cependant, comme ces personnes ne sauraient absolument se passer de toute convention, le droit naturel exige qu'on leur donne des gouverneurs, qui, non-seulement prennent soin de leurs personnes, mais encore sous l'autorité desquels ils puissent s'engager valablement. C'est aussi à quoi les lois civiles ont pourvu par l'établissement des tuteurs et des

curateurs ; et il est aisé de sentir la sagesse et la nécessité de cet établissement.

[124. Il faut cependant remarquer d'abord, à l'égard des insensés, que leurs actes ne sont réputés moralement invalides que pendant les accès de la folie. Car rien n'empêche que, dans leurs bons intervalles, ils ne puissent s'engager valablement pour tout le temps que la maladie les quitte ; pourvu qu'ils recouvrent assez l'usage de la raison pour être en état de juger, comme ils feraient, s'ils n'eussent jamais été attaqués de folie. C'est en ce sens qu'il faut entendre la maxime des jurisconsultes, qui porte, que « la démence » survenant, n'annulle rien de ce qui avait été » dûment conclu et arrêté » (1).

Pour ce qui est des enfants, comme les uns ont le jugement formé plutôt que les autres, on ne saurait établir de règle générale qui détermine au juste la durée de l'âge où ils sont incapables de contracter. Il faut donc se régler ici sur un examen attentif des actions et des démarches ordinaires de chaque enfant en particulier ; aussi bien que sur les lois civiles, qui fixent presque partout un certain terme plus ou moins long, selon que le législateur a trouvé le génie de la nation plus ou moins tardif ; comme, par exemple, parmi les Hébreux, les promesses d'un jeune garçon, qui avait treize ans accomplis, étaient valables, de même que celles d'une fille qui en

(1) Instit., lib. II, tit. XII, §. I. *Voyez* aussi Cod., lib. VI, tit. XXII. *Qui testamenta facere possunt*, etc., leg. IX.

avait douze (1). Mais comme la jeunesse, lors même qu'elle est en âge de savoir ce qu'elle fait, et de se déterminer avec connaissance, et fort sujette à se laisser emporter à des mouvemens impétueux, et souvent inconsidérés; qu'elle est facile à promettre, pleine d'espérance, sensible à la réputation de libéralité, empressée à se faire des amis et à les entretenir, peu susceptible de défiance; on a aussi trouvé bon, dans plusieurs Etats, que les jeunes gens ne pussent contracter aucun engagement, sans l'approbation de quelque personne prudente, qui aurait soin de leur conduite et de leurs affaires, jusqu'à ce qu'on eût lieu de présumer que le feu de la jeunesse fût passé; et rien n'est plus sage et plus utile qu'un tel établissement. Ainsi, ce que les mineurs font de leur pure autorité est quelquefois regardé comme nul de lui-même : quelquefois aussi on les relève par une *restitution en entier*, lorsqu'ils ont été lésés. C'est un bénéfice que les lois accordent à celui qui a été lésé dans quelque acte où il est intervenu, pour le remettre au même état où il était avant cet acte, s'il y en a quelque juste cause (2). Et le Droit même naturel demandait que les lois positives fissent de pareils réglemens, d'autant plus qu'il y a presque toujours de la mauvaise foi dans le procédé de ceux qui contractent avec un jeune homme. Ils cher-

(1) *Voyez* Seldenus, *de Successionibus in bona defunctorum*, cap. IX.

(2) Digest., lib. IV, tit. I.

chent à s'enrichir à ses dépens, par une stipulation d'où il résulte, à son préjudice, une lésion que la faiblesse de son jugement l'empêche de prévoir, ou ne lui permet pas de comprendre dans toute son étendue. Le Droit naturel veut donc que, partout où il y a de semblables constitutions, on les observe exactement, et de citoyen à citoyen, et même dans les conventions entre un étranger et un citoyen ; à moins qu'un Etat n'ait déclaré formellement que, dans les affaires qui concernaient les étrangers, il prononcerait uniquement selon les règles du Droit naturel (1).

L'ivresse, ôtant l'usage de la raison, rend aussi les conventions et les promesses nulles. Mais pour comprendre pourquoi on impute les mauvaises actions commises dans l'ivresse (2), tandis que les conventions et les promesses faites dans cet état, sont nulles ; il faut remarquer que, les mauvaises actions sont imputées dans l'ivresse, parce que la personne ivre, avant que de boire, connaissant les suites du vin, devait s'en abstenir : ainsi, ce n'est pas à la personne ivre qu'on les impute, mais à la personne dans son bon sens avant que de boire, en tant qu'elle est censée avoir consenti aux tristes suites qui accompagnent fréquemment l'ivresse. Mais quant aux conventions ou promesses qu'on extorque d'une per-

(1) *Voyez* Grotius, liv. II, chap. XI, §. VI. Puffendorf, liv. III, chap. VI, §. IV.

(2) *Voyez* ce que nous en avons dit d'après Aristote, IIe. partie, chap. X, §. I, no. 3.

sonne ivre, comme celle-ci n'était pas obligée de les prévoir, lorqu'elle était dans son bon sens, elle n'est pas censée y avoir consenti ; c'est pourquoi les promesses et les conventions sont nulles.]

§. XII. 2°. Il faut ensuite que le consentement et l'intention des contractants leur soit réciproquement connue, et pour cet effet qu'elle leur soit convenablement déclarée. Le consentement peut se déclarer, ou d'une manière expresse et formelle, ou d'une manière tacite et conjecturale. Le consentement exprès ou formel est celui qui se déclare par les signes dont les hommes se servent communément pour cela, comme sont les paroles, les écrits, etc. Le consentement tacite est celui qui se déduit de la nature même du fait dont il s'agit, et des circonstances qui l'accompagnent, et sans que l'on se soit expliqué par des paroles. Ainsi, le silence tout seul passe quelquefois pour une marque suffisante de consentement.

§. XIII. Mais ce qu'il faut bien remarquer sur le consentement tacite, c'est qu'il est nécessaire que les circonstances du fait sur lequel on le fonde, concourent toutes à désigner l'intention que l'on attribue à quelqu'un, en sorte qu'il n'y ait rien d'équivoque là-dessus, Par exemple : Un homme sortant de sa patrie, entre sur le pied d'ami dans un pays étranger, pour y séjourner quelque temps. Par cela seul il est censé être engagé tacitement à observer les lois du pays, selon son état et sa condition. Et d'un autre côté le souverain est censé lui avoir accordé sa protec-

tion et bonne justice. Si un souverain accorde aux étrangers l'entrée de son pays, ou le droit de fréquenter les foires de son Etat, il est par cela même tacitement convenu de les laisser sortir librement, ou de leur permettre d'emporter les marchandises qu'ils ont achetées, quoiqu'on n'ait rien stipulé sur tout cela. Pourquoi cela? C'est que dans tous ces cas, toutes les circonstances concourent à désigner une certaine intention. C'est sur ces principes que la distinction des conventions expresses et des conventions tacites est établie.

§ 125. Le consentement tacite résulte proprement de certaines choses qui paraissent faites, ou omises, de propos délibéré, quoique par elles-mêmes, elles ne tendent pas directement à marquer une approbation précise de la chose dont il s'agit. Les circonstances donnent alors lieu de présumer raisonnablement la volonté de celui qui les connaissait, et qui savait aussi les conséquences que les intéressés en pouvaient tirer.

Mais il y a une autre sorte de consentement, que les jurisconsultes romains, ou leurs interprètes, appellent quelquefois *tacite*, ou *présumé*, quoiqu'il soit purement *feint*, comme ils le reconnaissent et le qualifient souvent. Celui-ci consiste en ce que, quoique une personne ne pense point du tout et ne puisse même penser à l'engagement, parce qu'elle ignore sur quoi il est fondé, on ne laisse pas de supposer qu'elle y acquiesce; parce qu'on présume que si elle avait

connaissance de la chose, elle y consentirait volontiers, ou du moins elle le devrait, selon les maximes de l'équité naturelle ; ou parce que les lois ont jugé à propos, pour l'utilité publique, de supposer que chacun s'est engagé à faire ou souffrir telle ou telle chose, et d'autoriser à l'y contraindre, comme s'il l'avait promis véritablement. On aurait pu quelquefois à la vérité, sans un tel détour, fonder l'obligation sur des principes plus propres et plus simples; mais pourvu qu'au fond elle n'ait rien que de juste, il ne faut pas trop blâmer les jurisconsultes romains de ce qu'ils ont eu recours à la fiction ici, et sur d'autres sujets ; soit qu'ils ne vissent pas toujours le fondement le plus naturel de la décision des cas à examiner, soit qu'ils fussent réduits à la nécessité d'user de circuit, pour éluder certaines règles établies dont ils n'osaient se départir ouvertement.]

§. XIV. 3°. Une troisième condition nécessaire au consentement, c'est que l'on ait les connaissances nécessaires dans l'affaire dont il s'agit, ou qu'il soit exempt d'erreur. Il y a de l'erreur dans les conventions, lorsque l'un des contractants, ou même tous les deux, ne connaissent pas l'état des choses, ou que cet état est tout autre qu'ils ne le supposent. Dans ces circonstances, le consentement n'est pas donné d'une manière absolue, mais conditionnelle ; et cette condition ne se vérifiant point, on peut dire qu'on n'a point consenti, et par conséquent qu'on n'est point obligé.

Pour bien éclaircir cette matière, il faut d'abord distinguer l'erreur essentielle de l'erreur accidentelle.

L'erreur essentielle, est celle qui regarde une chose essentielle et nécessaire à la convention, ou par elle-même, ou suivant l'intention de l'une des parties, notifiée dans le temps de l'engagement.

L'erreur accidentelle est, au contraire, celle qui n'a, ni par elle-même, ni suivant l'intention de l'un des contractants, aucune liaison nécessaire avec la convention.

§. XV. Ces principes nous donnent lieu d'établir les règles suivantes.

Ire. Règle. Lorsque, dans une promesse gratuite, on a supposé quelque chose, sans quoi on ne se serait point déterminé à promettre, si la chose supposée manque, l'engagement est nul, selon le Droit naturel.

Un prince, par exemple, promet une certaine somme pour la dot de sa fille, cette promesse n'est point obligatoire, si le mariage ne se conclut pas. Un soldat ayant passé pour mort, son père change le testament qu'il avait fait en sa faveur, et institue un autre héritier. Le père meurt dans cette erreur; le soldat de retour, demande l'héritage, conformément au premier testament. *Vid. Cicero, de Orat., lib. I, cap.* 38.

[126. Cet exemple ne fait rien au sujet, si on a égard aux lois civiles. Car l'interprétation des dernières volontés se fait tout autrement que

celle d'une convention ou d'une promesse; tant parce qu'un testament ne donne pas d'abord quelque droit à celui en faveur de qui l'on dispose ainsi de ses biens, comme fait une promesse; qu'à cause qu'il ne demande aucune acceptation de sa part. Outre que, dans les testaments, il faut quelquefois avoir égard aux lois et surtout aux réglements qu'elles font en faveur des enfants. Mais BURLAMAQUI alléguant cet exemple après Grotius et Puffendorf, parle, comme eux, de la manière dont on doit décider la question par le Droit naturel tout seul. Et le droit civil même a égard ici à l'erreur du défunt, non-seulement quand elle tournerait au préjudice de ses enfants; mais encore quelquefois quand il s'agit d'héritiers étrangers institués dans le premier testament. De quoi on trouve un exemple remarquable dans le DIGESTE, Liv. XXVIII, tit. V, *de Rer. instit.*, leg. ult.]

§. XVI. IIe. RÈGLE. Pour ce qui est des contrats, si l'erreur a pour objet quelque circonstance nécessaire par elle-même à l'affaire dont il s'agit, la convention est nulle, quoiqu'on ne se soit pas expliqué là-dessus formellement. Car il est bien évident, que celui qui se trompe n'a donné son consentement que d'une manière conditionnelle.

[127. Quant à ces deux règles qui regardent l'erreur sur les choses essentielles, elles doivent être expliquées, en sorte que, par choses essentielles, on entende non seulement tout ce qui entre dans l'essence physique de la chose au

sujet de laquelle on traite, mais encore les qualités que le contractant a eu principalement en vue. Car il arrive souvent que l'on fait beaucoup plus de cas d'une certaine qualité de la chose, ou de certaines choses jointes à d'autres, par rapport auxquelles elles ne tiennent lieu ordinairement que d'accessoire, que de la substance physique, qui n'est regardée alors que comme un accessoire absolument nécessaire : comme il parait par la loi suivante. *Plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus: sicuti cum domus propter marmora, et statuas, et tabulas pictas ematur* (1).

En général, l'intention des contractants, qui rend les choses essentielles ou accidentelles, et par conséquent les erreurs, se connait par les circonstances. En voici un exemple tiré d'une décision des jurisconsultes romains, où ils n'expriment pourtant pas le fondement précis de la différence qu'il y a entre les deux cas qu'ils proposent : il parait seulement d'ailleurs qu'ils raisonnaient sur ce principe, que le mot de *femme* comprend également celles qui sont vierges et celles qui ne le sont pas : et qu'une fille, qui passe pour telle, quoiqu'elle ne le soit pas, a pourtant quelque chose de son sexe, comme un vase de cuivre doré, que l'on a cru d'or massif, est censé d'or à cet égard. M. Noodt explique ainsi la loi suivante (2), *Quod si ego me virgi-*

---

(1) Digest., lib. XVIII, tit. I, leg. XXXIV.
(2) Comment., pag. 408.

nem emere putarem, cum esset jam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est (1). Mais la véritable raison pourquoi le contrat de vente ne laisse pas de subsister, quoique l'esclave qu'on avait crue encore fille, se trouve femme, c'est que, n'y ayant point d'autre marque extérieure que celle de la grossesse, qui distingue clairement une femme d'avec une fille, rien ne donne lieu de présumer, que l'on ait prétendu acheter une fille plutôt qu'une femme, tant qu'on ne s'en est point expliqué formellement : ainsi l'erreur est accidentelle, qui ne saurait tourner au préjudice du vendeur. Mais il n'en est pas de même du sexe : la différence des habits ne permet pas de s'y méprendre, à moins qu'il n'y ait de la fraude et du déguisement. Ainsi l'on doit toujours supposer que l'acheteur a fait marché pour une personne du sexe que les habits marquaient. D'où il s'en suit, que dans ce cas là, l'erreur est essentielle, et par conséquent qu'elle annulle le contrat. Que si l'acheteur croyant acheter une fille, le vendeur, à qui il le témoigne suffisamment, le confirme dans son erreur, et la lui vend sans déclarer qu'elle est femme, le contrat alors est nul, même selon la décision des jurisconsultes romains. *Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare*

(1) Digest., lib. XVIII, tit. de *Contrahenda emptione*, leg. XI, §. I.

eum venditor passus sit: redhibitionem quidem ex hac causâ non esset: verùm tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem; et pretio restituto mulier reddatur (1).]

§. XVII. IIIe. Règle. Si au contraire, l'objet de l'erreur est par lui-même quelque chose d'accidentelle à la convention, cette erreur ne saurait l'annuller, à moins qu'on ne se fût expliqué là-dessus d'avance. Croyant par exemple avoir perdu mon cheval dans la bataille, j'en achète un autre, lorsque je viens ensuite à retrouver le mien, je ne puis pas pour cela rendre le contrat nul; à moins que je n'eusse stipulé formellement que je n'achetais ce cheval, qu'en supposant que le mien fut perdu. *Voyez* la note précédente.

§. XVIII. IVe. Règle. Enfin, il faut remarquer, que dans le doute, c'est-à-dire, si l'on ne peut connaître certainement si l'erreur est essentielle ou accidentelle, alors l'erreur ne saurait annuller la convention, et c'est tant pis pour celui qui se trompe. La raison en est, que toute personne qui contracte, est présumée raisonnablement connaître la nature et l'état des choses, ou que du moins, elle doit s'expliquer là-dessus, et s'en faire instruire.

§. XIX. 4o. Non-seulement le consentement doit être exempt d'erreur, mais encore de *dol.*

(1) Digest. lib. XIX, tit. I, leg. XI, §. VI, de *Actionibus empti et vend.*

Par le *dol*, on entend toute sorte de surprise, de fraude, de finesse, ou de dissimulation ; en un mot, toute mauvaise voie, directe ou indirecte, positive ou négative, par laquelle on trompe quelqu'un malicieusement.

[128. Car il y a des tromperies innocentes, comme celle d'un médecin qui fait accroire quelque chose à son malade pour le guérir. *Itaque ipse* (Labeo) *sic definit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est*(1). *Non fuit autem contentus Prœtor* dolum *dicere, sed adjecit* malum : *quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant, et pro solertiâ hoc nomen accipiebant* (2).]

§. XX. Voici les règles que l'on peut établir là-dessus.

1°. Dans toute convention où il y a de la tromperie d'une part, il y a de l'autre part une erreur, et une erreur essentielle. On peut donc déjà établir pour certain, que toute convention frauduleuse est nulle à titre d'erreur.

[129. Quoique partout où il y a de la tromperie d'une part, il y ait de l'erreur de l'autre ; cependant, d'ordinaire on fonde uniquement l'invalidité de la convention, sur la mauvaise foi de l'un des contractants, parce que dans le fond,

(1) Digest. lib. IV, *de Dolo malo*, leg. I, §. 2.

(2) Ibid. §. 3.

cette raison seule suffirait pour annuller un engagement. En effet, le contractant de mauvaise foi, est tenu à la réparation du dommage, s'il en arrive par le contrat ; ce qui n'a pas toujours lieu dans l'erreur.]

2°. Si le dol vient d'un tiers, et qu'il n'y ait aucune collusion entre ce tiers et l'autre contractant, la convention subsiste dans toute sa force, sauf à la partie lésée de poursuivre l'auteur de la tromperie, pour en obtenir un dédommagement. Par exemple : quelqu'un m'ayant fait accroire que tous mes chevaux ont été enlevés par les ennemis, si dans cette pensée j'en achète d'autres, cet achat subsiste, quoique je vienne ensuite à reconnaître que le fait est faux ; mais j'ai un recours naturel contre celui qui m'a trompé.

[130. Bien entendu que je ne déclare pas à celui qui m'en vend d'autres, que je ne les achète qu'en supposant que la nouvelle qu'on m'a donnée soit véritable ; car alors, l'erreur étant essentielle, du moment que je découvre la fausseté de la nouvelle, le contrat est nul, en vertu de la condition qui y avait été formellement insérée.]

3°. Si c'est par le dol de l'une des parties que l'autre s'est déterminée à promettre ou à traiter, la promesse ou la convention n'est point obligatoire. En effet, ce serait une chose absurde de s'imaginer qu'une tromperie malicieuse et criminelle, pourrait imposer à autrui une obligation en faveur de l'auteur même de la fraude. *Nemo ex delicto conditionem suam meliorem facere potest*, disent très-bien les jurisconsultes ro-

mains. DIGEST., lib. L, tit. XVII, *de Divers. reg. jur.* leg. CXXXIV, §. I.

[131. Cependant, ces mêmes jurisconsultes romains débitent ici de vaines subtilités. Ils prétendent que le dol qui a été la cause d'un contrat, ne le rend nul en lui-même et par le droit (*ipso jure*), que quand il s'agit d'un *acte de bonne foi*, c'est-à-dire, auquel on peut donner une interprétation favorable, selon les règles de l'équité, et dans lequel on ne s'attache pas exactement à la rigueur des termes : mais que dans un *acte de droit rigoureux*, où il faut précisément se régler sur ce qui a été dit et écrit, le dol n'empêche pas que le contrat ne soit valide, quoiqu'on puisse le faire rescinder par une restitution en entier. Comme les lois accordent toujours en ce cas-ci le bénéfice de la restitution, cela revient au fond à la même chose, par rapport au dédommagement de la personne trompée. Mais selon le Droit naturel, le dol n'annulle pas moins un *contrat de droit rigoureux*, qu'un *contrat de bonne foi*. De plus, cette distinction d'*actes de bonne foi* et d'*actes de droit rigoureux*, n'est point conforme au Droit naturel, par lesprincipes duquel l'interprétation, selon l'équité, doit avoir lieu en toutes sortes d'actes.]

4°. S'il n'y a point de dol actuel dans la convention, mais que cependant l'on craigne quelque surprise, sur des soupçons uniquement fondés sur la corruption générale du cœur humain, l'on n'est pas pour cela dispensé de tenir ses engagemens. Autrement il n'y aurait point d'en-

gagement valable, et toutes les conventions se réduiraient à un simple jeu.

[132. La raison en est que le dol étant une espèce de délit, il n'est jamais présumé, s'il n'y a des preuves. *Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit* (1). Hobbes (2) pense différemment: « La plupart des hommes, dit-il, sont si » fort enclins à chercher, à quelque prix que » ce soit, leur propre intérêt, que quiconque » effectue le premier ce à quoi il s'est engagé, » ne fait que se trahir lui-même, et se livrer en » proie à la mauvaise foi de l'autre partie. Or, il » est contre la raison, que l'un des contractants » tienne sa promesse, s'il ne voit quelque ap- » parence que l'autre accomplisse ensuite la » sienne. » Il parait, par ces paroles, que Hobbes fonde les sujets de défiance sur la corruption générale des hommes. Or, sur ce pied-là, il faudrait regarder la plus grande partie du genre humain, comme incapable de contracter sûrement; et toute confiance serait absolument bannie entre tous ceux qui ne relèvent pas d'une même juridiction. Car, personne ne pouvant avoir une certitude infaillible de la bonne foi de qui que ce soit, et la plupart des hommes au contraire, ayant beaucoup de penchant à l'infidélité; le moindre soupçon, quelque mal fondé qu'il fût, suffirait pour rompre un accord fait entre des gens qui

(1) L. 6, Cod. *de Dolo*.
(2 *De Cive*, cap. II, §. 11.

vivent les uns par rapport aux autres dans l'état de la liberté naturelle, où chacun se conduit uniquement à sa fantaisie, et décide en dernier ressort, si les sujets de défiance, qu'il croit avoir, sont ou ne sont pas vraisemblables. Ainsi les conventions ne seraient d'aucun usage hors des sociétés civiles. De plus, loin de pouvoir nous défier de tout le monde, le Droit naturel nous ordonne de présumer que chacun est honnête homme, jusqu'à ce que, par des mauvaises actions, il ait clairement fait voir le contraire (1). D'où nous pouvons conclure avec l'auteur, que pour des soupçons uniquement fondés sur la corruption générale du cœur humain, on n'est nullement dispensé de tenir ce à quoi l'on s'est engagé envers quelqu'un. C'est donc un prétexte bien frivole que celui dont se servaient autrefois les Mityléniens, pour colorer l'infraction d'un traité d'alliance qu'ils avaient fait avec les Athéniens. « La crainte que les Athéniens avaient de nous » pendant la guerre, les obligeait alors à nous » cajoler : et, par la même raison, nous en » usions de même avec eux pendant la paix. Au » lieu qu'ordinairement une bienveillance mu» tuelle affermit les alliances, la crainte a entre» tenu la nôtre. De sorte que, si aucun de nous ne » manquait à ses engagemens, c'était la crainte, » plutôt que l'amitié, qui les retenait. Ainsi, le » premier qui aurait trouvé l'occasion de le faire

(1) *Voyez* la III[e]. partie, chap. VIII.

» sûrement, ne pouvait que l'embrasser avec » joie (1). »]

5°. Enfin, si après s'être engagé avec quelqu'un, on vient à découvrir d'une manière certaine qu'il ne pense qu'à se moquer de nous, nous ne sommes point obligés d'effectuer notre engagement, à moins qu'il ne nous donne de bonnes sûretés contre ce juste sujet de défiance. C'est ce qu'exige la sûreté des conventions, et du commerce, qui sans cela, deviendra tout-à-fait inutile.

[133. Il n'y a aucune espèce de convention, où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander; tant en la manière de s'exprimer dans la convention, que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toutes les suites. *Bona fides, quæ in contractibus exigitur, æquitatem summam desiderat* (2). Lors donc que nous découvrons d'une manière certaine que l'autre contractant trame quelque tromperie, il faudrait être bien sot pour se laisser tromper de gaité de cœur. Que si un homme fait profession ouverte de fouler aux pieds les engagemens les plus inviolables, on ne doit point se fier à sa parole, quand même elle serait confirmée par le serment. Plaute a très-bien représenté le caractère de ces sortes de gens, dans la personne d'un marchand d'esclaves, qui, comme on lui demandait, s'il n'avait

(1) Thucidid., lib. III, cap. XII.
(2) L. 31, ff. *Depos.*

pas promis de rendre l'argent d'une fille qu'il avait vendue, en cas que quelqu'un vînt à la garantir libre, répond : « Il est vrai, j'ai promis » de ma langue ; mais de cette même langue je » le nie présentement. Car elle m'a été donnée » pour me servir à m'expliquer, et non pas pour » me faire perdre mon bien. »

CA. *Qui promisi ?* PH. *Linguâ.* CA. *Eâdem nunc nego. Dicendi, non rem perdendi gratiâ, hæc nata est mihi* (1).

« Il dépend de moi, de ne point tenir mes ser- » mens, dit un autre de ce même métier, j'ai » juré, et je jurerai bien encore, s'il m'en prend » envie. L'on a établi les sermens pour la con- » servation, et non pas pour la perte de son » bien. »

Meus arbitratus est, lingua quid juret mea.....
Juratus sum : et nunc jurabo, si quid voluptati est mihi.
Jusjurandum rei servandæ, non perdundæ conditum est (2).

Le *Stellionat* est aussi une espèce de dol dont use celui qui cède, vend, ou engage une même chose qu'il avait déjà cédée, vendue ou engagée ailleurs, et qui dissimule cet engagement (3).

---

(1) Curcul., act. V, scèn. III, vers. 27, 28.

(2) Rudens., act. V, scèn. II, v. 68, et scèn. III, v. 17, 18.

(3) *Maxime in his locum habet,* Stellionatus, *si quis forte rem alii obligatam, dissimulata obligatione, per calliditatem alii distraxerit vel permutaverit, vel in solutum dederit. Nam hæ omnes species Stellionatum continent.* L. 3. ff. § 1. ff. Stell. L. 1. Cod. eodem.

C'est aussi un Stellionat de donner en gage une chose pour une autre, si elle vaut moins, comme du cuivre doré pour de l'or (1); ou de donner en gage la chose d'autrui. Il faut remarquer que si la chose engagée à un second créancier, après avoir été engagée à un autre, suffit pour les deux, ce ne sera pas un stellionat. Le stellionat, au reste, non-seulement n'annulle pas les conventions où il se rencontre; mais il est de plus réprimé et puni selon les circonstances (2).]

XXI. V°. Le consentement suppose encore une entière liberté; par conséquent la contrainte ou la violence, rend nul un engagement. Il y en a deux raisons: la première, c'est que les conventions sont en elles-mêmes des choses tout à fait indifférentes, et auxquelles on n'est obligé de se déterminer qu'autant qu'on le trouve à propos. D'où il s'ensuit qu'une convention extorquée est nulle par elle-même. Dans ces circonstances, celui qui donne son consentement n'a point une intention sérieuse de s'obliger; s'il ne consent que pour se tirer d'affaires.

[134. Il n'en est pas ici comme des actions criminelles et mauvaises en elles-mêmes, qu'on ne doit jamais commettre par la crainte des plus grandes menaces; quoique la violence, à laquelle

---

(1) *Si quis in pignore pro auro æs subjecisset,, creditori... extra ordinem Stellionatus nomine plectetur.* L. 36, §. 1. Cod. eod.

(2) *Pœna Stellionatus nulla legitima est, cum nec legitimum crimen sit. Solent autem ex hoc extra ordinem plecti.* L. 3. §. 2. ff. Stellion. *Voyez* Domat. I[re]. part., liv. I, tit. XVIII, sect. III.

on succombe, en diminue l'énormité. Comme l'on pouvait et l'on devait obéir à la loi qui les défend, on est censé libre autant qu'il est nécessaire pour se rendre coupable, lors même qu'on ne s'y porte que par la vue d'un mal prochain. Mais en matière de promesses et de conventions, tout ce que l'on n'aurait pas fait sans l'artifice ou la contrainte injuste de celui envers qui l'on s'est engagé, n'est point censé avoir pour principe un véritable consentement, et par conséquent est nul de lui-même, parce qu'il s'agit de choses indifférentes, auxquelles on ne doit se déterminer qu'autant qu'on le juge à propos. La loi qui nous laisse la liberté de les faire ou de ne les pas faire, ne saurait nous imposer la nécessité de tenir, ce à quoi nous nous sommes engagés malgré nous et contre notre intérêt. La raison et la prudence veulent qu'en ce cas-là, on prenne le parti de céder en apparence ses droits, plutôt que de s'exposer aux effets de la violence : mais le péril passé, rien ne nous oblige à ratifier un acte nul en lui-même ; à moins qu'on n'eût à craindre quelque suite plus fâcheuse encore que ce qu'il en coûterait.]

La seconde raison, et qui fortifie beaucoup la première, se tire de l'incapacité où est l'auteur de la violence d'acquérir quelque droit en vertu de son injustice.

[155. En effet, on ne saurait concevoir une obligation, sans un droit qui y réponde. On ne doit rien, tant que personne ne peut légitimement nous rien demander. Ainsi si ce n'est pas

assez que l'on fasse de son côté ce qui est nécessaire pour s'imposer à soi-même une obligation ; il faut encore que l'autre contractant ait les qualités requises pour acquérir par-là un vrai droit. Lors donc que la crainte qui nous porte à promettre ou à traiter, suppose dans celui de qui elle vient, un défaut qui le rend incapable d'acquérir aucun droit, par rapport à nous : elle empêche l'effet de l'obligation qui aurait résulté d'ailleurs, des signes extérieurs de consentement que l'on a été contraint de donner. Or, ce défaut c'est l'injure ou l'injustice qui, certainement, ne saurait produire ni directement, ni indirectement la chose du monde qui lui est la plus opposée.]

Car, la loi naturelle défendant formellement toute violence dans les conventions, comment serait-il possible qu'elle donnât droit d'exiger l'accomplissement d'une convention qui aurait pour principe une injure, ou une injustice ? ce serait tout manifestement autoriser le brigandage.

Quid si me tonsor, cùm stricta novacula supra est,
Tunc libertatem, divitiasque roget ?
Promittam : neque enim rogat illo tempore tonsor ;
Latro rogat ; res est imperiosa timor.
Sed fuerit curvâ cùm tuta novacula thecâ,
Frangam tonsori crura manusque simul.
Martial. Epigram., lib. XI, Epigram. 59.

[136. Mais de quelle nature doit être le mal, dont l'appréhension suffit pour annuller les promesses ou les conventions forcées ? Les juris-

consultes Romains le demandent redoutable, et tel qu'il puisse ébranler les personnes les plus courageuses, comme par exemple, un danger de mort, l'esclavage, des coups, des tourments, la prison et d'autres choses semblables (1). Mais comme nous supposons toujours ici que la frayeur est causée injustement, je ne vois pas pourquoi l'appréhension d'un mal léger ne suffirait pas pour annuller les promesses et les conventions, lorsqu'elle en a été le principal motif, et que sans cela on ne se serait point déterminé à consentir. La moindre injustice ne donne pas plus de droit à son auteur que la plus grande. Il suffit donc que la crainte ne soit pas entièrement vaine ; car celui qui se laisse gagner par des terreurs paniques, ne doit s'en prendre qu'à lui-même. *Vani timoris justa excusatio non est* (2). D'ailleurs, comme le remarque très-bien Domat, tout le monde n'a pas la même fermeté pour résister aux violences et aux menaces. Il y a des gens si faibles et si timides qu'ils succombent aux moindres impressions ; aussi une petite violence fait à leur égard le même effet, qu'une grande violence à l'égard des personnes courageuses. Et c'est principalement en faveur des plus faibles et des plus timides que les lois sévissent contre les voies de fait et l'oppression. Que

---

(1) Digest. lib. IV, tit. II. *Quod metûs causâ*, etc. Leg. V, VI, et seq. Cod. lib. II, tit. XX, leg. VII et lib. II, tit. IV, de *Transact*, leg. XIII.

(2) Digest. lib. L, tit. XVII, de *Diversis reg. jur.* leg 184.

si ces mêmes lois ne mettent pas la crainte d'un mal léger, parmi les causes qui opèrent la cassation d'un contrat, cela vient, ou peut venir de ce que les législateurs ont voulu prévenir les procès. Mais ils ont laissé les droits de la conscience dans leur entier et ils n'ont jamais prétendu donner atteinte à ce que cette loi intérieure prescrit sur ce sujet, et sur tout autre semblable. Concluons donc que, par le Droit naturel, toute voie de fait, toute sorte de violence directe ou indirecte, toute menace, et en général, toute impression illicite qui porte quelqu'un, contre son gré, à donner un consentement, qu'il ne donnerait pas sans cela, le dépouille de la liberté nécessaire pour former un engagement valide, et par conséquent rend nulles les promesses et les conventions qu'il a faites dans de pareilles conjonctures.]

§. XXII. Mais lorsqu'on s'est engagé envers une personne, pour se garantir d'un mal dont on était menacé de la part d'un tiers, sans que celui ci fût sollicité par l'autre, ou qu'il y eût entre eux aucune collusion, l'engagement est valide sans contredit. Ainsi, si étant tombé entre les mains des Pirates, on emprunte de l'argent pour se racheter, ou bien si l'on promet quelque chose à quelqu'un pour nous escorter ou pour nous défendre contre les voleurs, l'engagement est obligatoire.

[137. La raison de cette règle est claire, par ce que nous avons dit sur la précédente. Car, celui à qui l'on s'est engagé en ce cas là, n'a rien

qui le rende incapable d'acquérir quelque droit, par rapport à nous ; il pourrait, au contraire, légitimement prétendre indépendamment de toute convention, qu'on lui sut gré et qu'on lui témoignât de la reconnaissance de ce qu'il a prévenu ou fait cesser le mal, dont on était menacé de la part d'autrui. *Si, quo magis te de vi hostium, vel latronum, vel populi tuerer, vel liberarem, aliquid à te accepero, vel te obligavero ; non debere me hoc edicto teneri, nisi ipsi hanc tibi vim summisi. Ceterum si alienus sum à vi teneri me non debere : ego enim opera potiùs mea mercedem accepisse videor.*]

Une autre règle sur cette matière, c'est que les conventions faites par la crainte ; ou le respect d'un autorité légitime, ou par déférence pour une personne à qui nous devons de justes égards, subsistent dans toute leur force, quoiqu'on ne s'y fût pas porté de soi-même et sans cela.

C'est ainsi qu'un souverain peut, pour de bonnes raisons, commander à ses sujets de faire quelques conventions, comme de vendre ou d'acheter quelque chose.

[138. *Non eam (vim) quam magistratus intulit, scilicet jure licito et jure honoris quem sustinet* (1). C'est à cela que se rapporte l'exemple d'un enfant qui se marie contre son gré, pour faire plaisir à son père ; car lorsque cet

(1) Digest. lib. IV, tit. II, leg. III, §. 1.



enfant a donné sa foi à un époux ou à une épouse, il ne saurait plus s'en dédire. Car l'époux ou l'épouse n'ont rien qui les rende incapables d'acquérir un droit sur l'un d'eux par l'engagement où l'un ou l'autre est entré.]

Enfin il faut encore remarquer, que les promesses ou les conventions faites par erreur, par surprise, ou par contrainte, peuvent néanmoins être validées, si l'erreur ou la surprise étant reconnues, ou bien si la crainte étant passée la partie lésée veut bien tenir sa parole et renoncer à son droit.

[139. Car, ce qui était nul dans son origine, peut être validé par un effet rétroactif, s'il survient quelque nouvelle cause, capable de produire par elle-même un vrai droit. Or cette cause est ici le consentement donné ensuite avec une connaissance bien distincte et une entière liberté. Cela se trouve aussi décidé dans le Code, au sujet d'une vente forcée. *Si per vim, vel metum mortis, aut cruciatus corporis, venditio à vobis extorta est, et non posteà eam consensu corroborastis, etc.* (1). Sur quoi l'on demande si le consentement de l'ame suffit alors, sans qu'il soit accompagné d'aucun signe extérieur. Quelques-uns ne demandent ici qu'un acte intérieur de la volonté, et ils croient que cet acte interne, joint avec l'extérieur qu'il y a déjà eu, suffit pour produire une véritable obligation. D'autres rejettent

---

(1) Lib. II, tit. XX. de *His quæ vi*, etc. leg. IV.

cette pensée, par la raison qu'un acte extérieur antécédent ne saurait être le signe intérieur produit ensuite. Ainsi ils prétendent qu'il faut une nouvelle promesse exprimée par des paroles, et une nouvelle acceptation. Grotius prend le milieu, en disant qu'à la vérité il doit y avoir quelque signe extérieur, mais qu'il n'est nullement nécessaire que la ratification de la promesse se fasse par des paroles. Car si celui à qui la chose avait été promise la garde, et que le promettant la lui laisse, cette circonstance, ou autres semblables, peuvent être des signes suffisants d'un véritable consentement. Je crois cependant qu'en général un acte, ou un signe externe, est aussi nécessaire que l'interne. Car tout ce qui a été fait par crainte étant nul, si la convention est ensuite validée, c'est parce que dans le fond, on s'engage nouvellement comme si on ne s'était jamais engagé: or, ce nouvel engagement demande toutes les conditions nécessaires à une convention, afin qu'elle soit valide. Le cas que Grotius rapporte n'est pas contraire à notre décision; car si le promettant laisse ce qu'il a promis à celui en faveur de qui il a fait la promesse, et si celui-ci la garde, c'est comme si le promettant la donnait, et la personne en faveur de qui la promesse a été faite, la reçut nouvellement. Ainsi, lorsqu'on valide une convention nulle, sa validité est fondée sur les actes de la seconde convention, ceux de la première étant nuls, et n'ayant point d'influence sur la seconde.]

§. XXIII. VI[e]. Une sixième condition nécessaire à

la validité du consentement, c'est qu'il n'ait rien de contraire à la disposition des lois. Car les lois étant la règle des actions humaines, et la mesure de notre liberté, une convention ne saurait être obligatoire qu'autant qu'elle est faite dans l'étendue de la liberté que les lois laissent aux hommes. Les conventions contraires aux lois, sont donc nulles, par défaut de pouvoir de la part des contractants; et le législateur, en défendant certaines choses, ôte le pouvoir de les faire, et par conséquent de s'engager à les faire. *Quæ legibus bonisve moribus repugnant, neminem facere posse credendum est.* Bien loin que de telles conventions soient obligatoires, il est tout manifestement du devoir de ceux qui les ont faites de s'en repentir, et de ne les pas exécuter.

[140. La raison de cette maxime est, que pour contracter quelque obligation par une promesse ou une convention, il faut que l'on ait un pouvoir moral de faire ce dont on est convenu. Or, ceux qui s'engagent à des choses illicites, ne l'ont pas, et toute la force d'un engagement dépend du pouvoir de celui qui s'engage : or, un législateur, en défendant certaines choses, ôte le pouvoir de les faire, et par conséquent de s'engager à les faire. Car, il implique contradiction de dire, que l'on soit indispensablement obligé, en vertu d'un engagement autorisé par les lois, à faire une chose que ces mêmes lois défendent. C'est pourquoi ces sortes de conventions ne sont pas seulement nulles, mais elles sont punissables, selon qu'elles blessent les défenses, et l'esprit des lois.

Mais, pour traiter cette matière de la validité des conventions illicites avec quelque exactitude, je remarquerai d'abord, que tout acte qui se trouve accompagné de quelque chose de contraire aux règles de la vertu, n'est pas invalides par cela seul. Pourvu que dans le fond, la chose à laquelle on s'engage, soit innocente en elle-même, c'est-à-dire, permise et par le droit naturel et par les lois civiles, il n'importe que l'un ou l'autre des contractants, ou tous les deux ensemble, pèchent à certains égards ; l'engagement à ne considérer que les parties, n'en est pas moins suivi de tous les effets de droit. Un marchand, par exemple, qui s'embarque dans certains commerces dangereux, peut agir contre ce qu'il se doit à lui-même, ou aux siens, sans être pour cela dispensé de tenir les engagemens où il est entré. Un cabaretier qui donne tous les jours à boire aux ivrognes, fait mal assurément, aussi bien que ceux à qui il fournit ainsi l'occasion de s'enivrer : il n'en est pourtant pas moins en droit de se faire payer le vin que ces gens-là ont bu, et ceux-ci ne sont pas non plus moins tenus de le lui payer. Les joueurs commettent souvent diverses sortes de péchés en jouant ; mais cela n'empêche pas que ceux qui ont gagné ne tiennent légitimement ce qu'il leur revient, et ne puissent demander ce qui leur est dû.

De plus, il faut considérer, que le but d'une loi, qui défend certaines choses, n'est pas tant d'annuller tout ce qui peut avoir été fait à leur occasion, que d'empêcher qu'on ne les commette,

ou tout au plus de les dépouiller des autres effets de droit qu'elles auraient eus sans les défenses. Que si l'effet d'un engagement illicite subsiste en son entier, la loi ne l'autorise pas proprement; elle ne fait que laisser les choses dans l'état où elles sont, et refuser sa protection à un contractant qui ne la mérite pas. Cela posé, distinguons ici entre ce qui est contraire au Droit naturel, et ce qui n'est illicite que parce qu'il y a quelque loi civile qui le défend.

I°. A l'égard des conventions qui roulent sur la première sorte de choses illicites, voici quelques règles. 1°. « Si l'on s'est engagé à quelque » chose de mauvais en soi, on ne doit pas le te- » nir; et celui envers qui l'on s'est engagé, » n'a aucun droit de nous y contraindre; il ne » saurait même se plaindre raisonnablement » qu'on lui manque de parole, soit qu'on ait » reçu, ou non, quelque chose pour cela. » La raison en est non seulement, que comme nous l'avons remarqué au commencement de cette note d'après Puffendorf, le législateur en défendant une telle chose, ôte le pouvoir de la faire, et par conséquent aussi le droit de l'exiger; mais encore qu'en matière de tout ce à quoi l'on s'est engagé au préjudice de son devoir, il y a lieu de présumer que l'on n'a point consenti avec une pleine et entière liberté: surtout quand il s'agit d'un crime énorme, comme si l'on promettait de blasphémer, ou de commettre un sacrilège, ou de se parjurer, ou d'assassiner un homme, etc. Lors donc que l'on vient à se re-

pentir de l'engagement criminel où l'on était entré, ce n'est pas une simple présomption, c'est une marque infaillible que l'on n'avait pas bien pensé à ce que l'on voulait faire en promettant de pareilles choses; et celui à qui on les a promises, doit nous en tenir quittes par cette seule raison, quand il n'y serait pas d'ailleurs obligé par le même principe qui nous porte à refuser notre parole. Si l'on n'a rien reçu de lui pour ce sujet, il n'y perd rien, quoiqu'il méritât bien de perdre. Que s'il avait donné quelque chose, comme ce n'était que sous condition, et sous une condition qui est censée moralement impossible; il faut lui rendre ce dont il ne s'était pas absolument dépouillé en notre faveur : d'autant plus qu'on ne pourrait le retenir, sans donner lieu de croire que l'on ne se repent pas véritablement, et qu'on ajoute au crime d'avoir promis, celui de le faire à dessin d'en profiter pour duper son homme, et lui attraper son bien. La restitution est ici surtout d'une nécessité indispensable, lorsque celui qui a donné croit bien faire, en stipulant une chose au fond mauvaise : comme si une personne aveuglée par un faux zèle avait fait promettre à quelqu'un de changer de religion, contre les lumières de sa conscience.

2°. « Si celui que l'on avait engagé à com» mettre un crime, l'a exécuté actuellement, on » n'est point tenu de payer ce qu'on lui avait » promis. » En effet, ce serait récompenser le crime, et porter par-là non seulement celui qui a violé la loi; mais encore les autres, à la violer

désormais par un semblable motif. D'autre côté, celui à qui l'on a promis, pouvait et devait savoir qu'il comptait sur une chose à quoi personne n'est censé s'engager avec mûre délibération; et s'il prétendait jouir sûrement du salaire de son crime, il était bien sot de se fier à une parole. Le seul fondement raisonnable des espérances de l'accomplissement d'une promesse, c'est la probité du promettant : peut-on donc se reposer sur la bonne foi d'un homme qui exige des choses contraires à la probité? Quelque fidèle qu'on l'ait reconnu par le passé à tenir ses engagemens, dès-là qu'il nous sollicite à commettre une mauvaise action, n'a-t-on pas tout lieu de croire qu'il ne se fera pas plus scrupule de manquer à sa parole, que d'exiger ce qu'il se propose en nous la donnant? On pèche sans doute contre la charité, en portant quelqu'un à mal faire par la vue d'une récompense; mais puisqu'il ne tenait qu'à lui de rejeter la proposition, et qu'il y était même indispensablement obligé, il ne peut exiger l'effet de notre promesse sous prétexte qu'on lui fait du tort, et qu'on le frustre de son attente; quoique, quand il voudrait en tirer raison comme d'une injure, on eût soi-même sujet de se plaindre. Comme on doit se repentir de l'avoir tenté avec trop de succès, il doit aussi présumer que l'on a promis légèrement, et qu'on s'est laissé emporter à la passion.

» 3°. Mais, lorsqu'on a actuellement donné » quelque chose à l'occasion, ou en vue d'un » crime, on ne peut rien redemander à celui



» qui a reçu. » Car alors le mal est fait : il n'y a plus de remède ; on n'augmente pas l'énormité du crime, en laissant ce qui n'est plus en notre pouvoir de reprendre. Tant qu'il n'y a qu'une simple promesse, la volonté de transférer la chose promise pour un tel sujet, ne doit pas être censée pleine et entière. On promet beaucoup plus aisément qu'on ne donne : et quand on a promis en vue d'une chose criminelle, jusqu'à ce que l'exécution s'ensuive, il y a lieu de présumer, que l'on se dédira de cet engagement téméraire. Mais du moment que l'on délivre la chose convenue, l'on se dépouille absolument de son droit de propriété, et celui à qui on le transfère, l'acquiert en même-temps, à titre déshonnête à la vérité, mais non pas injuste par rapport à nous, et qui ne marque pas moins une volonté déterminée du propriétaire, que s'il s'agissait de quelque chose d'honnête ou d'indifférent. La validité de l'aliénation considérée en elle-même, ne dépend pas de la nature du sujet pour lequel on se défait d'une chose en faveur de quelqu'un. Que le motif soit louable ou non, on n'est pas moins maître de son bien, et l'on ne peut pas moins en disposer à sa fantaisie, que si on le transférait à autrui sans sujet, ou par caprice ; tout ce qu'il y a, c'est qu'on en fait un mauvais usage, quand on ne le donne pas en vue de quelque chose d'honnête, ou du moins d'indifférent. Pour ôter donc tout droit de répéter ce que l'on a actuellement donné en vue d'une chose mauvaise de sa nature, il suffit que

l'acquisition ait été faite à peu près selon les règles des contrats qui roulent sur des choses honnêtes et innocentes ; c'est-à-dire, qu'il n'y ait point eu de fraude, ni de violence, de la part de celui qui a reçu, et que le prix du crime ne soit pas exhorbitant.

Mais, dira-t-on, peut-on en conscience retenir l'infâme salaire d'un crime qu'on a commis? Non, sans doute. Un juge, par exemple, qui a été corrompu, ne doit pas plus garder la somme qu'il a reçue pour rendre une sentence injuste, que celui en faveur duquel il a prononcé, ne doit profiter du jugement. Dès là que vous supposez une personne qui rentre en soi-même, et qui consulte sa conscience, la question est superflue : car cette personne-là, comme elle ne pourra que se repentir, n'aura garde ni de demander ce salaire d'iniquité, ni de le retenir, si elle l'a déjà reçu. Mais il s'agit de savoir si l'on peut de soi-même redemander ce que l'on a donné pour un tel sujet, ou avoir recours à des voies de fait pour se le faire rendre. Le cas est surtout de conséquence entre ceux qui vivent les uns par rapport aux autres dans l'état de nature : et il me semble qu'alors la répétition que fait le donateur et l'aveu du sujet pour lequel il a fait le don, ne lui fait pas honneur. C'est là-dessus qu'il faut fonder la maxime des jurisconsultes romains, que, quand la convention est déshonnête et par rapport à celui qui donne, et par rapport à celui qui reçoit, le premier ne peut rien redemander, parce que celui qui tient a l'avantage. *Porrò au-*

tem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse : et ideò repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est (1).

Voilà pour ce qui regarde les choses mauvaises en elles-mêmes, et contraires aux règles invariables du Droit naturel. Après cela, il ne sera pas difficile de décider sur la validité des conventions qui ne sont illicites que parce qu'elles roulent sur les choses défendues par les lois civiles. Ici il faut distinguer si l'on traite avec un étranger, ou avec un concitoyen.

1°. Si c'est avec un étranger que l'on a traité au sujet d'une chose défendue dans le pays, cet étranger ou sait les défenses, ou ne les sait pas. S'il les sait, ou il a recherché l'accord, ou il ne l'a pas recherché : « S'il a recherché l'accord, on » n'est tenu ni d'effectuer la chose même, ni de » le dédommager de ce qu'il peut perdre par là : » on doit seulement lui rendre ce qu'il a déjà » donné. » La raison est, qu'il pouvait et devait supposer que nous nous sommes engagés légèrement, et que nous nous sommes laissé tenter par les propositions avantageuses qu'il nous faisait. Outre que souvent on s'expose à de grosses amendes, ou à quelque autre peine encore plus fâcheuse, dont on ne présume guère que personne veuille bien courir les risques. « Mais si » l'on a recherché soi-même l'accord, on n'est » pas tenu à la vérité d'exécuter la chose même,

---

(1) Digest., lib. XII, tit. V, *de Conditione ob turpem vel injustam causam*, leg. VIII.

» il faut néanmoins dédommager celui envers » qui l'on s'est engagé. » Je dis qu'on n'est pas tenu d'exécuter la chose même. Car quoique les étrangers ne soient point obligés à la rigueur de s'informer de ce qui se passe hors de chez eux, et qu'ils puissent s'accommoder où ils se trouvent, sans avoir égard aux lois particulières de notre Etat; ils doivent cependant avoir l'équité de présumer qu'un citoyen qui se dédit d'un engagement où il était entré au préjudice de son devoir, ne s'était pas engagé avec mûre délibération, ou du moins qu'il n'a pas prévu tous les obstacles qui s'opposent à l'exécution de sa promesse. Mais, comme par cela même qu'il a recherché l'accord, il a semblé passer par dessus toutes ces considérations, il est juste qu'il dédommage d'une manière ou d'une autre celui qui s'était fié à lui. « Que si l'étranger ne savait pas les défenses, soit » qu'on ait recherché l'accord ou non, on est » dans une obligation encore plus indispensable » de lui rendre tout ce qu'il peut lui en coûter » pour avoir compté sur notre parole. » Et l'on doit s'estimer trop heureux qu'il ne reçoive pas pour une injure le silence qu'on a gardé sur une chose qui lui aurait peut-être fait prendre d'autres mesures, si on la lui avait déclarée franchement. « Mais si les défenses ne sont venues que depuis » le marché fait et conclu, on n'est tenu alors à » aucun dédommagement. » Puisqu'on doit être censé n'avoir consenti que sous cette condition tacite, qu'il n'y eût point d'obstacle de la part du souverain.

2°. Lorsque ceux qui traitent ensemble au sujet d'une chose défendue par les lois, sont citoyens d'un même état, ils se rendent à la vérité sujets l'un et l'autre à la peine, parce qu'ils ne peuvent pas ignorer la loi ; mais aussi par cela même qu'ils ne l'ignorent pas, ils sont censés traiter ensemble comme s'il n'y avait point de loi là-dessus, et renoncer surtout au bénéfice qu'elle peut accorder à l'un des deux. Ainsi, « quoi-» qu'ils aient mal fait de s'engager, chacun doit, » en tant qu'en lui est, laisser subsister l'effet de » l'engagement, et aucun ne peut le rompre » qu'avec le consentement de l'autre partie. Ce-» pendant si l'on ne pouvait exécuter la chose » même, à quoi l'on s'est engagé, sans se causer » un grand préjudice, celui à qui on l'a promise, » doit se contenter de l'équivalent. » Je dis, que chacun doit, en tant qu'en lui est, laisser subsister l'effet de l'engagement : car tant qu'il n'y a encore rien d'exécuté de part ou d'autre, il est libre à chacun de se dédire, tout de même que s'il s'agissait d'une chose mauvaise de sa nature ; parce qu'en ce cas-là, on est censé ne s'être pas bien consulté, et n'avoir pas agi avec mûre délibération. Si j'ai jamais promis à quelqu'un, par exemple, d'aller jouer avec lui contre les défenses de la loi, je ne suis pas plus obligé de me trouver au rendez-vous, que d'attendre sur le pré un homme qui m'appelle à un duel que j'ai accepté. Mais lorsque j'ai actuellement joué, et perdu, je ne puis plus avoir recours à la justice pour me faire rendre mon argent, ni user d'aucune autre

voie de contrainte pour le recouvrer, à moins qu'il n'y ait eu quelque tromperie de la part de celui qui m'a gagné. Si un marchand a promis à un autre de lui fournir quelque marchandise de contrebande, quand même ils seraient convenus du prix, il peut se dispenser de tenir ce à quoi il ne devait pas s'engager : et l'autre à qui il a manqué de parole doit se repentir lui-même de lui avoir fait promettre une chose comme celle-là, et être bien aise qu'elle n'ait pas son effet. Mais lorsque l'on a actuellement délivré la marchandise, ou qu'on a reçu quelque chose en vue de la délivrance que l'on faisait espérer, ni celui à qui on l'a vendue ne saurait légitimement se dispenser de payer le prix convenu, dans le premier cas; ni on ne peut soi-même, dans l'autre cas, refuser de donner la chose même, à moins qu'il n'y ait pas moyen de le faire, sans se causer un grand préjudice, sans encourir, par exemple, une grosse peine; car alors il suffit de rendre ce que l'on a reçu ou l'équivalent. Avec ces restrictions, rien n'empêche qu'un engagement contraire aux lois purement civiles ne soit valable de contractant à contractant. Il y a des conventions que les lois défendent, mais qu'elles laissent pourtant subsister, lorsqu'elles ont été faites contre leur prohibition : pourquoi n'y en aurait-il pas qui demeurent valides entre les parties, quoique la loi les annulle, en tant qu'en elle est, et que le magistrat ne donne point action en justice à ceux qui voudraient en être relevés, après y avoir consenti avec une pleine et entière liberté?]

§. XXIV. Enfin, la validité des conventions exige encore que le consentement soit mutuel et réciproque, puisque les conventions ne peuvent se former que par le concours, l'accord, ou l'union de la volonté de plusieurs personnes. Ce consentement mutuel est même nécessaire dans les promesses gratuites. Car, tant qu'il n'y a point d'acceptation, la chose promise demeure en la disposition du promettant. *Non potest liberalitas nolenti acquiri. Invito beneficium non datur.*

[141. Et la raison en est claire. Car, quand on offre son bien à quelqu'un, on ne veut ni le lui faire prendre par force, ni l'abandonner dans ce moment-là. Si donc il n'accepte pas nos offres, on ne perd rien du droit qu'on avait sur ce qu'il n'accepte pas ou même qu'il refuse. Et quand même on aurait promis avec serment, on n'en serait pas pour cela moins maître de son bien, car le serment ne transfère aucun droit sur une chose offerte, avant qu'elle ait été acceptée. Toute la vertu qu'il a, c'est d'empêcher qu'on ne puisse légitimement se dédire de ses offres, jusqu'à ce que l'on sache qu'elles ont été rejetées.

On pourrait tirer une conséquence pour faire voir la vanité de certains auteurs, qui disent dans leurs préfaces, que c'est pour s'acquitter de leur parole envers le public qu'ils publient tel ou tel ouvrage; car ces promesses ne sont pas regardées comme des engagemens par contrat, et le public se met bien peu en peine de leur manquement de parole.

On peut regarder les promesses que les moines dans l'Eglise Romaine font, et qu'on appelle *vœux religieux*, comme les promesses que les auteurs font au public. Car qui est-ce qui assure ces gens-là que Dieu les accepte? D'ailleurs tout vœu est ridicule, qui ne fait qu'incommoder celui qui le fait, s'il l'observe, sans qu'il en revienne aucune utilité à personne : et à plus forte raison, s'il empêche qu'on ne s'acquitte de quelque devoir clairement prescrit. Or, les moines promettent à leurs supérieurs postiches, l'obéissance pour la refuser à leurs supérieurs légitimes, savoir les souverains; ils promettent la chasteté, c'est-à-dire, ils font vœu de ne pas embrasser l'état naturel du mariage, pour troubler ensuite le repos de ceux qui, pour se conformer à la voix de la nature, l'ont embrassé; ils promettent la pauvreté, et ils sont effectivement pauvres de leur côté, car ensuite de cette promesse, ils passent une vie oisive, et se rendent entièrement inutiles à l'Etat : mais par leurs pieuses rapines, il se trouvent dans une opulence que les personnes les plus laborieuses et les plus utiles à la société, seraient bien aise de partager. Osera-t-on donc dire que de pareilles promesses sont valables, et qu'elles soient acceptées de la part de Dieu? Or, sans l'acceptation de Dieu, tout vœu est ridicule. *Votum*, disait Tertullien, *quum à Deo acceptatum est, legem in posterum facit* (1). Mais cette acceptation de Dieu, étant

(1) Lib. *de Jejuniis*, cap. XI.

un acte de volonté arbitraire, ne peut être connue que par la révélation. Or, je soutiens que loin de trouver la moindre trace dans la révélation que Dieu veuille agréer des promesses des moines, Dieu lui-même ne saurait les approuver sans se contre dire dans les maximes fondamentales du Droit naturel. On voit donc, pourquoi les Etats où l'on tolère un si grand nombre de ces *prometteurs*, sont si languissants dans le fond, malgré leurs forces apparentes. La vraie politique échoue toujours, lorsqu'elle manque dans les véritables principes, qui sont les maximes du Droit naturel. La véritable politique ne cherche pas le dehors trompeur, mais elle vise au solide. Ceux qui l'administrent, doivent imiter le médecin prudent qui ne force jamais la nature physique de l'homme, et moins encore ne s'y oppose; mais il tâche de l'étudier et de la suivre dans ses replis les plus cachés, pour l'aider par les règles de l'art, dans sa marche. L'homme politique doit étudier aussi la nature morale de l'homme, ses droits, ses devoirs, et ne bâtir l'édifice du bonheur de la société, que sur ces fondemens; son édifice sera sûr, sera solide : autrement, il ne sera qu'incertain et chancelant.]

§. XXV. Voilà qui peut suffire sur la nature des conventions. Il résulte de ce que l'on vient de dire, qu'il est nécessaire que la chose, ou l'action, à laquelle on s'engage, ne soit point au-dessus de nos forces. Personne ne peut donc s'engager à l'impossible reconnu pour tel.

[142. Cette maxime est dans la bouche de tout le monde ; et quiconque s'engage à l'impossible, reconnu tel, n'est pas sûrement dans son bon sens, puisque sachant bien qu'il ne sera pas en état de faire une chose, il ne laisse pas de la vouloir faire.]

§. XXVI. Que si la chose n'était pas impossible lorsque l'on promettait, mais qu'elle devient ensuite telle après l'engagement, sans qu'il y ait de la faute du promettant, la convention est nulle si la chose est encore dans son entier ; mais lorsque l'un des contractants a déjà exécuté quelque chose, il faut lui rendre ou ce qu'il a donné, ou l'équivalent.

[143. Il faut bien prendre garde à la restriction, *sans qu'il y ait de la faute de la part du promettant ;* car c'est sur cette règle qu'il faut décider les questions que l'on agite au sujet des *débiteurs insolvables.* Lorsqu'ils sont tombés dans cette impuissance par un cas fortuit, et sans qu'il y ait de leur faute, il est barbare de les poursuivre. Il est vrai qu'ils ne doivent rien oublier pour tâcher de satisfaire leurs créanciers ; mais l'équité et l'humanité demandent que ceux-ci donnent du temps aux débiteurs, afin qu'ils cherchent les moyens de les acquitter. Sur quel motif barbare jettera-t-on dans une prison un innocent, mais malheureux débiteur ? Pourquoi le privera-t-on de la liberté, le seul bien qui lui reste ? Pourquoi lui fera-t-on subir les peines des coupables, et le forcera-t-on à se repentir de sa probité ? Il vivait tranquille, à l'abri de son

innocence, sous la garde des lois, et ce n'est pas par sa faute qu'il a violé celles qui prescrivent la fidélité dans les conventions. Les anciens romains n'avaient pourtant pas beaucoup d'égard à ces considérations, qui, cependant, semblent dictées par l'humauité même; et personne ne saurait approuver la raison que Sénéque en allègue. « Vous imaginez-vous, dit-il, que nos » ancètres aient été si peu éclairés que de ne » pas voir, qu'on ne peut, sans une grande » injustice, mettre au même rang ceux qui » ont dépensé en débauches, ou au jeu, l'ar- » gent qu'ils avaient emprunté, et ceux qui par » un incendie, par un vol, ou par quelque » autre accident fâcheux, ont perdu en même » temps et leur propre bien et celui de leurs » créanciers? Non, sans doute. Mais, pour » apprendre aux hommes à tenir religieusement » leur parole, on n'a pas voulu qu'aucune ex- » cuse fût valable. Et, au fond il valait mieux » qu'un petit nombre de gens courût risque de » n'être pas reçu à alléguer une excuse légitime, » que si tout le monde pouvait chercher quelque » prétexte spécieux pour se disculper (1) ». Si, pour apprendre aux hommes à tenir leur parole, il fallait envelopper dans la même punition, les honnêtes gens avec les coquins, et châtier de même un débiteur insolvable par malheur imprévu, et un débiteur insolvable pour avoir dissipé son bien et celui des autres, en débauches;

(1) De Benefic., lib. VII, cap. XVI.

il arriverait de deux choses l'une, et peut-être toutes les deux à la fois, c'est-à-dire, ou que les honnêtes gens se voyant traités comme les coquins, ne seraient pas fâchés d'en faire autant, pour pouvoir dire au moins, que s'ils sont châtiés ils l'ont mérité; ou que ceux qui sont naturellement portés à se rendre débiteurs insolvables par les débauches, donneraient un libre essor à leur penchant, n'en étant pas retenus par les peines plus que les honnêtes gens. La crainte des prétextes spécieux pour se disculper, que Sénéque allègue encore, est tout à fait frivole. Il faut qu'un magistrat soit bien aveugle et ignorant pour être la dupe des prétextes d'un débiteur débauché : il n'ignorera pas sûrement la conduite que cet homme a tenue et un coup d'œil sur ses livres lui fera connaître si c'est par malheur ou par sa propre faute, qu'il se trouve dans l'impossibilité de payer ses créanciers.

Enfin, si ce principe de la jurisprudence romaine avait lieu, il faudrait renoncer entièrement à l'industrie et à toute entreprise : car l'homme, borné comme il est dans ses facultés, ne saurait voir avec certitude ce qui lui arrivera : et s'il ne voulait entrer dans aucune entreprise que lorsqu'il en verrait, avec évidence, le succès, il resterait toujours dans l'inaction. Concluons donc, qu'un débiteur insolvable par malheur et sans qu'il y ait de sa faute, n'est pas plus punissable qu'un malheureux qui, tombant d'un toît dans la rue, en aurait tué un autre qui s'est rencontré sous lui.

Mais si le débiteur insolvable s'est mis dans



l'impossibilité de tenir sa parole et de s'acquitter de ses engagemens par sa mauvaise conduite et par ses débauches, il doit être très-sévèrement châtié; et c'est à lui que convient le proverbe commun: *qui ne peut payer de sa bourse, doit payer en sa personne*: il doit être puni de la peine qu'on décernerait contre les faux monnaieurs, parce que, suivant la réflexion du judicieux auteur du *Traité des Délits et des peines* (1), falsifier un morceau de métal monnoyé qui est un gage des obligations des citoyens entre eux, n'est pas un crime plus grand que de falsifier une obligation elle-même. En effet, quelle différence y a-t-il entre un débiteur insolvable par sa faute et un voleur de grand chemin? Je n'y en trouve point d'autre, si ce n'est que le voleur de grand chemin, n'est pas toujours sûr de son coup, parce que chacun tâche de l'éviter, et prend toutes ses précautions pour cela; au lieu que le débiteur qui devient insolvable par ses débauches, abusant de la bonne foi de ses correspondants qu'il trompe par ses promesses, il a été toujours sûr d'attraper leurs biens toutes les fois qu'il en avait envie. 2°. Si je me trouve attaqué par un voleur de grand chemin, je puis le repousser jusqu'à le tuer, y étant autorisé par les lois naturelles et positives; tandis que ces mêmes lois, au moins les naturelles, ont obligé les créanciers du débiteur insolvable à faire des conventions avec lui pendant

(1) Pag. 177, édit. d'*Yverdon*, §. 32.

qu'il était assez rusé pour pouvoir cacher sa mauvaise foi. 3°. Le voleur de grand chemin n'en veut à la bourse, ou peut-être même à la vie que de ce malheureux qui tombe entre ses mains ; mais le débiteur insolvable par débauches, en veut à la bourse et à la caisse même de tous ceux qui, pendant une longue suite d'années, lui ont confié leur propre bien de bonne foi, comptant sur la garantie des lois naturelles et civiles. Si le voleur de grand chemin m'ôte la bourse, sans en vouloir à ma vie, il ne m'ôte pas sûrement toute ressource ; mais un débiteur insolvable peut faire, dans mon commerce, un tel vide, qu'il m'obligera peut-être moi-même, à faire banqueroute, et qu'il entraînera plusieurs autres personnes dans le même malheur. Cependant si le voleur de grand chemin qui, pour la première fois, aura ôté ma bourse, est attrappé, il sera condamné au dernier supplice ; et le débiteur insolvable continuera à jouir du fruit de ses crimes. C'est en vain qu'on chercherait de la justice dans cette espèce de jurisprudence.

Parmi les Athéniens, les débiteurs insolvables étaient adjugés à leurs créanciers qui les retenaient pour esclaves, ou les envoyaient vendre dans les pays étrangers ; et plusieurs même étaient obligés de vendre leurs propres enfants. Il est vrai que Solon abolit cet usage (1) : mais c'est parce qu'on ne faisait point de distinction entre

(1) Plutarque, dans sa vie.

débiteur insolvable de bonne foi, et débiteur insolvable de mauvaise foi. Les Romains permettaient aux créanciers de mettre en pièces leurs débiteurs insolvables, suivant les Anciens, ou de les vendre et d'en partager le prix, suivant que M. Binkershoeck (1) a voulu démontrer. Peine au reste, que je trouve bien douce, pour les débiteurs insolvables par leur propre faute. Il serait de l'équité du Gouvernement, d'établir une magistrature qui veillât à la sûreté des conventions, soit avec les citoyens, soit avec les étrangers, en s'informant, une fois par an, de l'état des affaires de tous ceux qui ont besoin de la confiance publique. Ce serait peut-être le moyen le plus sûr de faire fleurir le commerce d'une nation; car on s'empresserait de tout côté à entrer en relation avec une nation, dont le souverain veillerait à rendre sacrées les conventions faites avec ses sujets, soit par les sujets mêmes, soit par les étrangers.]

§. XXVII. Il n'est pas moins certain, que l'on ne saurait traiter ou promettre valablement au sujet de ce qui appartient à autrui, et qui n'est point à notre disposition.

[144. Car, dans toute promesse et dans toute convention, le promettant ou le contractant cède à autrui le droit qu'il avait sur quelque chose; or, ce qui appartient à autrui n'étant pas au pouvoir de celui qui promet ou contracte, il ne peut pas

(1) Observat., lib. I, cap. I.

en céder le droit ; parce que personne ne donne ce qu'il n'a pas.]

§. XXVIII. Au reste, il faut aussi remarquer qu'il y a des engagemens absolus, et des engagemens conditionnels, c'est-à-dire, que l'on s'engage, ou absolument et sans réserve, ou en sorte que l'effet de la convention dépend de quelque événement.

[145. En effet, comme il est assez ordinaire dans les conventions, qu'on prévoie des événemens qui pourraient faire quelque changement où l'on veut pourvoir : on règle ce qui sera fait si ces cas arrivent : et c'est ce qui se fait par le moyen des conditions.

Les conditions sont donc des pactes qui règlent ce que les contractants veulent être fait, si un cas qu'ils prévoient, arrive. Ainsi, s'il est dit, qu'en cas qu'une maison vendue, se trouve sujette à une telle servitude, la vente sera nulle, ou le prix diminué : c'est une condition. Car on prévoit un cas, et on y pourvoit. Ainsi, si une maison est vendue à condition, que l'acquéreur ne pourra la hausser, le vendeur prévoit que l'acheteur pourrait faire ce changement, et il y pourvoit, pour conserver les jours d'une autre maison que celle qu'il vend.

On a ajouté ce second exemple, pour faire remarquer que les charges qu'on s'impose l'un à l'autre dans les conventions, tiennent de la nature des conditions. Car c'est proprement une charge imposée à l'acquéreur de ne pouvoir hausser : mais cette charge renferme une condition,

comme si on avait dit; en cas que l'acheteur veuille hausser la maison, le vendeur pourra l'empêcher. C'est pourquoi on se sert souvent et du mot condition, et du mot de charge indistinctement: et on dit à telle condition, à telle charge. Et on use aussi du mot de condition au pluriel, pour signifier les différents articles d'un traité, parce qu'elles obligent toutes de telle manière, que s'il arrive qu'on y manque, ou qu'on y contrevienne, on est sujet aux peines de l'inexécution.]

§. XXIX. Les jurisconsultes distinguent les conditions en possibles et impossibles. Mais les conditions impossibles ne sont pas proprement des conditions. A l'égard des conditions possibles, elles se subdivisent en *casuelles* ou *fortuites*, en *arbitraires*, et *mixtes*. Les casuelles sont celles dont l'accomplissement ne dépend point de nous. Exemple: je vous donnerai tant, si la paix se fait cette année. Les conditions arbitraires sont celles dont l'effet dépend de celui envers qui l'on s'engage. Par exemple: je vous donnerai tant, si vous étudiez assiduement cet hiver. Les conditions mixtes sont celles dont l'accomplissement dépend en partie de la volonté de celui envers qui l'on s'engage, et en partie du hazard. Par exemple: je vous donnerai tant, si vous épousez une telle fille.

[146. Les conditions sont encore de trois sortes, selon trois différents effets qu'elles peuvent avoir. Les unes regardent l'accomplissement des conventions qu'on en fait dépendre;

comme s'il est dit, qu'une vente aura lieu en cas que la marchandise soit délivrée un tel jour. Les secondes résolvent les conventions, comme si il est dit que si une telle personne arrive en tel temps, le bail d'une maison sera résolu. Et la troisième sorte est de celles qui n'accomplissent ni ne résolvent pas les conventions : mais qui seulement y apportent quelqu'autre changement, comme s'il est dit, que si une maison louée est donnée sans des meubles promis, le loyer sera diminué de tant.

Il y a aussi des conditions *expresses* et il y en a de *tacites* et qui sont sous-entendues. Les conditions expresses sont toutes celles qui sont expliquées, comme quand il est dit : si telle chose est faite, ou non : si telle chose arrive ou non ; les conditions tacites sont celles qui se trouvent renfermées dans une convention sans y être exprimées. Comme s'il est dit dans une vente d'un héritage, que le vendeur se réserve les fruits de l'année ; cette réserve renferme la condition, qu'il naisse des fruits, de même que s'il avait été dit, qu'il réservait les fruits en cas qu'il y en eût. *Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit. Veluti si id quod in utero sit, aut fructus futuros, aut domum ædificari stipulatus sit. Tunc enim incipit actio cum ea per rerum naturam prestari potest* (1).

Dans les conventions dont l'accomplissement

(1) L. 73, ff. de Verb. obligat.

dépend de l'événement d'une condition, toutes choses demeurent en suspens, et dans le même état que s'il n'y avait pas eu de convention, jusqu'à ce que la condition soit arrivée. Ains' dans une vente qui doit s'accomplir par l'événement d'une condition, l'acheteur n'a cependant qu'une espérance sans aucun droit ni de jouir, ni de prescrire. Mais le vendeur demeure le maître de la chose vendue, et les fruits sont à lui. Et si la condition n'arrive pas, la convention est anéantie. *Sub conditione facta venditio, nulla est si conditio defecerit* (1).

La condition qui doit accomplir une convention, étant arrivée, elle donne l'effet à la convention et produit les changemens qui en doivent suivre. Ainsi une vente étant accomplie par l'événement d'une condition, l'acheteur devient en-même-temps le maître; et ce changement a les autres suites qui sont les effets de la convention. *Conditionales venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit conditio* (2).

Dans les conventions déjà accomplies mais qui peuvent être résolues par l'événement d'une condition, toutes choses demeurent dans l'état de la convention; et l'effet de la condition est en suspens, jusqu'à ce qu'elle arrive. Ainsi s'il est dit qu'une vente accomplie sera résolue, en cas que dans un certain temps, un tiers donne un plus haut prix de la chose vendue, l'acheteur jusque

(1) L. 37, ff. de Contr. empt. L. 8. ff. de Per. et Comp. r. v.
(2) L. 7, ff. *de Contr. empt.*



là demeure le maître ; il prescrit : il jouit : et si la chose périt, il en souffre la perte. Le cas de la condition, qui doit résoudre une convention, étant arrivé, la convention sera résolue. Et ce changement aura les effets qui en doivent suivre, selon la règle qui suit.

Tout ce qui arrive ou avant ou après l'événemens de la condition, est réglé selon l'état ou se trouvent les choses. Ainsi lorsqu'une vente est accomplie, et qu'elle doit être résolue en cas qu'une condition arrive, l'acheteur est cependant maître de la chose : et il prescrit et jouit : et si elle vient à périr, il en souffre la perte. Parce que la vente subsiste encore, et que la chose est par conséquent à lui, jusqu'à ce que la vente soit résolue par l'événement de la condition. Et au contraire, lorsque l'accomplissement d'une vente dépend d'une condition, si avant l'événement de cette condition la chose périt, c'est le vendeur qui en souffre la perte, car il demeure le maître, jusqu'à ce que l'événement de la condition accomplisse la vente. Et après que la condition est arrivée, tous les événemens de gain, de perte, regardent celui qui se trouve alors maître de la chose, soit que la condition accomplisse, ou qu'elle résolve la convention. Ainsi, c'est toujours l'état où se trouvent les choses lorsque la condition arrive, et l'effet qu'elle doit avoir, qui règlent les suites des conventions conditionnelles.

Les conditions qui ne se rapportent pas à l'avenir, mais au présent, ou au passé, ont

d'abord leur effet. Et la convention est en même-temps ou accomplie ou annullée, selon l'effet que doit lui donner la condition. Ainsi, par exemple, si une marchandise est vendue, à condition que la vente n'aura lieu, qu'en cas, que la marchandise soit déjà arrivée à un tel port; la vente est ou d'abord accomplie, si la marchandise est au port, ou d'abord nulle, si elle n'y est point. Et la convention n'est pas suspendue, quoique ceux qui traitent sous de telles conditions, ignorent s'ils sont obligés ou non. Mais c'est seulement l'exécution qui est suspendue, jusqu'à ce qu'ils sachent si la condition est arrivée ou non (1).

Enfin si l'évènement, ou l'accomplissement d'une condition, est empêché par celui des contractants qui a intérêt qu'elle n'arrive point, soit qu'elle dépende de son fait ou non, la condition à son égard sera tenue pour accomplie. Il sera obligé à ce qu'il devait faire, ou donner, ou souffrir au cas de la condition. *Jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri fiat, quominùs impleatur perindè haberi ac si impleta conditio fuisset* (2).]

§. XXX. Enfin, l'on peut s'obliger aussi par l'entremise d'un tiers que l'on appelle un procureur. Et il est bien évident, que lorsqu'un procureur exécute de bonne foi sa commission, et suivant les ordres que nous lui avons donnés,

(1) L. 37, ff. *de Reb. cred.* v. L. 38 et 39, *eod.* et L. 100, ff. *de Verb. obligat.*

(2) L. 161, ff. *de Reg. jur.*

nous sommes obligés d'approuver et de ratifier ce qu'il a fait pour nous et en notre nom.

[147. Mais il faut d'abord remarquer qu'on charge quelqu'un de traiter en notre nom par une *procuration générale*, qui lui donne plein pouvoir de faire ce qu'il jugera le plus à propos pour nos intérêts, ou par une *procuration spéciale*, qui règle expressément les articles qu'il doit traiter, et de quelle manière il doit s'y prendre. *Procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest* (1).

Il faut encore remarquer si le pouvoir du procureur s'étend jusqu'à la parfaite conclusion de la convention, ou si le maître s'est réservé l'approbation et la ratification de la convention. Enfin, il faut encore savoir si le cas demande que le procureur déclare jusqu'où son pouvoir s'étend, sur-tout lorsque la négociation est compliquée, et si la personne avec qui le procureur doit traiter a pu en être informée au juste, sans être trompée.

Ces remarques nous mènent naturellement aux règles suivantes. « 1°. Celui qui constitue » dûment un procureur par une procuration gé» nérale, en le chargeant de finir les conven» tions, est obligé de ratifier tout ce que son pro» cureur a fait, et les conventions sont valables, » de telle foi qu'il les exécute ; pourvu qu'il n'y » ait point de collusion entre le procureur et la » personne avec qui il a été chargé de traiter. » Je dis, *de telle foi qu'il les exécute ;* parce que je

(1) Digest., lib. III. de Procurat., §. I.

ne puis pas approuver la restriction que BURLAMAQUI, d'après Puffendorf (1), y apporte, pour obliger le maître à ratifier la convention, savoir que le procureur l'ait exécutée de *bonne foi.* Car, en supposant qu'il n'y ait point de collusion entre les parties contractantes, si le procureur trahit les intérêts de son maître, pourquoi la convention ne serait-elle pas valable? Serait-il juste que la personne qui a traité avec le procureur, fût la dupe de la perfidie du procureur, et de l'imprudence du maître qui a confié ses intérêts à une personne dont il ne connaissait pas le mauvais caractère? Ainsi un négociant est responsable de tout ce que ses facteurs ou ses commis font en son nom, dès qu'il les a autorisés; de même un maître de navire, pour le fait de ses patrons, etc.; ils sont obligés de ratifier ce qui a été traité avec leurs préposés. Ainsi ils répondent du fait, du dol, et des tromperies de leurs gens. *Æquum Prætori visum est, sicuti commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri* (2). Mais s'il y a eu de la collusion entre le procureur et la partie contractante, la convention est nulle; car alors la partie contractante avec le procureur se rend indigne du bénéfice de la loi par sa mauvaise foi. Ainsi, un marchand qui reçoit des marchandises d'une maison dont le commis est un coquin, qui ne les inscrit pas dans les livres, pour en tirer

---

(1) Droit de la nature des Gens, liv. III, chap. XX, §. II.
(2) L. I, ff. *de Instit., act,*



pour son propre usage la valeur, ce marchand, dis-je, connaissant la mauvaise foi du commis, et recevant la marchandise, sans en donner avis à son maître, pour l'avoir peut-être meilleur marché, est tenu à la restitution.

2°. « Si le maître s'est réservé le pouvoir de » confirmer et de ratifier la convention faite par » son procureur, la convention n'entre en vi- » gueur qu'après la ratification. » C'est ici où il faut appliquer la distinction que les Romains faisaient entre les mots *fœdus* et *sponsio*. Ils se servaient du premier terme pour marquer une convention valide, parce qu'elle était ratifiée par le souverain ou par le maître : et ils faisaient usage du second pour exprimer une convention faite par procureur, sans la ratification nécessaire du maître, et pour cela nulle en cas que le maître refusât ou négligeât de la ratifier. Le simple silence du maître ne peut pas être pris pour une ratification, à moins qu'il ne soit accompagné de quelque acte ou de quelque autre circonstance, qui ne puisse vraisemblablement souffrir d'autre explication.

3°. « Enfin, si la convention demande que » l'on sache au juste le pouvoir du procureur, et » que la personne avec qui le procureur doit » traiter ne peut le savoir autrement que par le » maître ou le procureur lui-même; si ceux-ci » négligent de l'en informer, la convention est » valide, quand même le procureur aurait passé » les bornes de son pouvoir. » Car le procureur est censé avoir tout le pouvoir nécessaire de trai-

ter : et comme ce n'est pas à la personne avec qui il traite, à lui fixer les bornes, il n'est pas obligé par conséquent de les connaître, si on les lui cache. C'est pourquoi, dans les traités, les ministres des puissances contractantes ont des ordres *connus* qu'ils produisent afin que les parties contractantes puissent compter sûrement sur ce que l'on aurait conclu avec une personne qui agit au nom d'une autre ; car il aurait toujours lieu d'appréhender que ses instructions secrètes ne fussent différentes des ordres connus, ou que les maîtres n'accusassent leurs procureurs d'avoir passé les bornes de leur pouvoir, lorsqu'ils ne trouveraient pas à propos de ratifier une convention ou un traité.

Les signes dont on se sert pour marquer le consentement qu'on donne dans les conventions, sont, 1°. des *gestes*, dont on se sert aussi dans le commerce de la vie, lorsqu'on n'entend pas la langue les uns des autres ; 2°. les *paroles* entendues de part et d'autres ; 3°. les *témoins*, à la mémoire et à la conscience desquels on en appellerait en cas que l'une des parties niât ses engagemens ; 4°. rédiger les articles de la convention *par écrit*. La première espèce de signes est imparfaite : la seconde n'est guère sûre, soit parce qu'on peut aisément oublier ce qu'on a promis de faire, soit parce que la perfidie des hommes rendrait la plupart des conventions inutiles. Les témoins sont un meilleur garant des conventions : cependant il n'est pas encore bien assuré, puisque la sûreté des engagemens dépendrait de leur mé-

moire et de leur bonne foi : deux articles sujets eux-mêmes à caution. Le plus sûr donc c'est de mettre les articles des engagemens par écrit, et de les faire signer par les parties contractantes et par des témoins. On ne saurait jamais prendre assez de précautions pour la sûreté des engagemens, et pour ôter toute occasion aux parties contractantes de se nier réciproquement ce qu'elles se sont promis religieusement. Les précautions, il est vrai, ne font pas un grand honneur à l'humanité; car, comme dit Sénèque : *Adhibentur ab utrâque parte testes : ille per tabulas plurium nomina, interpositis parariis facit.... O turpem humano generi fraudis ac nequitiæ publicæ confessionem ! annulis nostris plus quam animis creditur...... in quid imprimunt signa ? nempè ne ille neget accepisse se, quod accepit* (1). La tranquillité publique et particulière exige nécessairement ces attentions. Persée, prêtant un jour de l'argent à quelqu'un de ses amis, lui fit faire une bonne obligation dans les formes. L'ami, surpris que Persée prît tant de précautions, lui dit : « Quoi ! vous voulez prendre avec moi d'une » manière si rigoureuse toutes les précautions » qu'exigent les lois ? — Oui, répondit Persée, » afin que vous me rendiez mon argent de bonne » grace, et que je ne sois pas obligé de le redemander en justice (2). » Aujourd'hui ces signes » littéraires sont si essentiels dans les conven-

(1) De Benef., lib. III, cap. XV.
(2) Plutarque, *de Vitioso pudore*.

tions, que si un créancier rend à son débiteur le billet d'obligation, ou qu'il le déchire au vu et au su de celui-ci, il est censé lui avoir remis la dette.]

CHAPITRE V.

De l'usage de la parole.

Observer la vérité dans ses discours. Autre loi de la Sociabilité.

§. I. Après les conventions, un autre établissement humain, et qui est d'un très-grand usage dans la société, c'est l'usage de la parole. Voyons donc ce que c'est que la parole, et quels sont les devoirs qui concernent son usage.

§. II. La parole est une voix articulée dont les hommes se servent comme d'un signe établi pour se communiquer leurs pensées. L'on distingue plusieurs sortes de signes; des signes naturels, et des signes arbitraires, ou d'institution humaine. Les signes *naturels* sont ceux qui ont par eux-mêmes une liaison naturelle et nécessaire avec les choses qu'ils signifient; en sorte qu'ils produisent le même effet, et qu'ils excitent les mêmes idées dans l'esprit de tous les hommes. L'aurore, par exemple, est un signe naturel du lever du soleil; la fumée du feu, ou de la chaleur, etc. Les signes *arbitraires*, ou d'institution, sont, au contraire, ceux qui, par eux-mêmes, n'ont aucune liaison naturelle et nécessaire avec les choses qu'ils signifient, mais seulement en conséquence de la vo-

lonté des hommes. Nous mettons la parole au rang des signes arbitraires; car il est bien évident que la vertu qu'ont les mots de signifier telle ou telle chose, c'est-à-dire, d'exciter dans notre esprit de certaines idées, ne vient pas de la nature, ou d'une nécessité physique et interne, mais uniquement de l'institution ou de la volonté humaine. C'est ce que prouve d'une manière sensible cette diversité prodigieuse de différentes langues; car s'il y avait un langage naturel, il serait connu de toute la terre, et en usage partout.

§. III. Nous avons dit que la parole est un signe dont les hommes se servent pour se communiquer leurs pensées, pour indiquer par-là quel est le but ou la fin de la parole et du langage. En effet, la faculté de la parole ne nous a été donnée que comme un moyen très-prompt et très-commode pour nous communiquer nos pensées les uns aux autres, et pour nous procurer ainsi les secours, les avantages, et les douceurs que la société nous présente. Et certainement, quand nous n'aurions d'autre preuve de la destination de l'homme à la société que celle qui résulte de la faculté de la parole, dont il est enrichi, cela seul prouverait suffisamment que l'homme est destiné à vivre avec ses semblables. C'est aussi ce que Cicéron a bien remarqué au chap. XVI du premier livre de ses *Offices* : « Le premier » principe de la société humaine, dit-il, c'est » celui qui forme la société générale, où tout le » genre humain est compris; et ce principe n'est

» autre chose que le commerce de la raison et de
» la parole. Car cela seul forme entre les hommes
» une société qui les porte à se communiquer
» leurs pensées, à s'instruire réciproquement, à
» discuter et à régler les affaires qu'ils ont en-
» semble », etc.

§.IV. Au reste, il est bon de remarquer ici, que l'établissement de la signification des mots ne s'est point faite par une convention proprement dite, mais par un usage, qui, à le considérer en lui-même, et indépendamment de l'obligation où l'on est de découvrir aux autres ce que l'on pense, n'a rien d'obligatoire. Aussi, arrive-t-il tous les jours qu'un simple particulier invente de nouveaux mots, ou donne à ceux déjà reçus, une nouvelle signification, et que cela est suivi ou rejeté par les autres, ou en tout, ou en partie, pour un temps ou pour toujours, avec une entière liberté. Mais c'est ce qui ne se pourrait pas faire, s'il y avait la-dessus quelque convention obligatoire, car alors le moindre changement à l'usage reçu, et qui ne serait pas fait d'un commun accord, aurait quelque chose de criminel. Ce que l'on n'oserait soutenir, et qui est manifestement réfuté par une pratique assez fréquente, et à laquelle personne ne trouve à redire, et qui sert au contraire merveilleusement à embellir et à enrichir les langues. Il faut donc dire avec Horace :

« L'usage est le maître absolu des langues. Les
» manières de parler ne sont belles et régulières
» qu'autant qu'il veut qu'elles le soient. Plu-

» sieurs mots qui sont tombés dans l'oubli repa-
» raîtront un jour avec honneur : d'autres qui
» sont aujourd'hui en vogue passeront de la lu-
» mière dans les ténèbres ; l'usage décidera de
» leur sort (1). »

§. V. Remarquons enfin, que les différents actes qui ont rapport à la parole, sont le discours, le silence, la vérité, la fausseté, la feinte, la dissimulation, etc. La vérité se prend ici pour la conformité de nos paroles avec nos pensées : et la fausseté, au contraire, pour la non-conformité, ou l'opposition des unes avec les autres. Il ne faut donc pas confondre la vérité et la fausseté dont il s'agit ici, avec la vérité et la fausseté logiques : car celles-ci consistent dans la conformité de nos idées elles-mêmes avec la natnre et l'état des choses.

§. VI. Après ces réflexions générales sur la nature, l'usage et les propriétés de la parole, pour se faire une juste idée de nos devoirs à cet égard, il faut d'abord remarquer, que le bon ou le mauvais usage de la parole, et tout ce qu'il peut y avoir en cela de bien ou de mal, de louable ou de condamnable, dépend en dernier ressort de ce que la loi naturelle ordonne ou défend là-dessus : car toute la moralité des actions humaines consiste dans le rapport qu'elles ont avec les lois qui en sont les règles. Cela supposé, il faut dire, que l'usage de la parole est dirigé par les trois

---

(1) *Art poét.*, vers 70, et seq.

grands principes de nos devoirs, dont nous avons parlé ci-dessus, je veux dire, la religion, l'amour de nous-mêmes, et la sociabilité. Car quoique la parole ait été donnée principalement à l'homme comme un moyen de société, telle est la liaison qu'il y a entre les différentes parties du système de l'homme, que la parole a aussi quelque rapport et à Dieu et à nous-mêmes.

Première Règle. C'est donc une première règle générale sur cette matière ; Que l'usage que nous faisons de la parole ne doit jamais avoir rien d'opposé à ce que nous devons à Dieu, à nous-mêmes et aux autres hommes.

Pour entrer dans quelque détail, il faut établir pour seconde Règle ; Que toutes les fois que la religion, ou le respect que nous devons à Dieu, exige, ou que nous parlions, ou que nous gardions le silence, l'un et l'autre deviennent pour nous des devoirs indispensables.

Troisième Règle. Il ne faut jamais parler de Dieu qu'avec un souverain respect, et la dernière circonspection.

Quatrième Règle. Lorsque l'on parle à Dieu, que l'on s'adresse à lui directement, il faut toujours dire franchement la vérité, et observer la sincérité la plus parfaite.

La chose est claire d'elle-même, et cette règle ne peut recevoir aucune limitation. Non-seulement il y aurait une extrême irrévérence à user par rapport à Dieu de la moindre dissimulation, mais encore ce serait une souveraine extravagance de vouloir tromper celui dont la connais-

sance est sans bornes, et qui, pour connaître nos pensées et nos sentimens les plus secrets, n'a pas besoin d'en être instruit par notre bouche.

§. VII. La parole a aussi quelque rapport à nous-mêmes, en tant que cette faculté ne nous a pas été donnée seulement en faveur des autres hommes; mais encore afin que, par ce moyen, nous puissions nous procurer à nous-mêmes les avantages et les douceurs que la société nous présente, pourvu que ce soit d'une manière qui n'ait rien d'opposé à la gloire de Dieu, ni aux lois de la justice et de l'humanité.

Cinquième Règle. Il est donc de notre devoir, par rapport à nous-mêmes, de garder le silence, ou de parler, suivant les règles de la prudence, soit pour notre conservation, ou pour notre défense, soit pour nous procurer quelque avantage innocent et légitime.

Sixième Règle. Quand nous parlons pour nous-mêmes, la loi naturelle veut que nous disions la vérité. Il est bien effectivement permis, et nous le devons même quelquefois, cacher certaines choses qui nous regardent, et qui n'intéressent en rien les autres; mais il ne nous est pas permis d'altérer la vérité. Autrement, l'on perdrait bientôt toute créance; et, bien loin de se procurer par-là quelque avantage, cette mauvaise finesse tournerait entièrement au préjudice de celui qui l'employerait.

S'il y a quelques exceptions à cette règle, elles ne peuvent être que très-rares, et seulement dans

des cas d'une extrême nécessité. Et comme l'amour-propre pourrait nous séduire par mille illusions, et nous faire étendre la dispense bien au-delà des cas où elle pourrait être appliquée, le plus sûr est, dans ce qui nous regarde nous-mêmes, de se tenir rigidement à la règle, et d'être toujours sincères.

§. VIII. Pour ce qui est de l'usage de la parole par rapport aux autres hommes, voici ce que la sociabilité exige de nous.

Septième Règle. Nous devons garder un silence inviolable en matière de choses qui peuvent porter du préjudice à quelqu'un, soit dans sa personne, soit dans ses biens, ou dans sa réputation.

Il y a donc des vérités que nous devons taire : la faculté de la parole nous ayant été donnée pour le bien commun de la société, ce serait sans doute en abuser criminellement, que de s'en servir d'une manière qui fût préjudiciable aux autres hommes.

Ainsi il est défendu par la loi naturelle de dire du prochain un mal véritable, mais sans nécessité ; c'est ce qu'on appelle *médisance*.

§. IX. A plus forte raison devons-nous garder religieusement les secrets que l'on nous confie, pourvu néanmoins qu'en le faisant, nous ne donnions aucune atteinte à des devoirs plus essentiels, et dont nous ne saurions nous dispenser. L'objet du secret, sont les vérités à taire. Et nous devons taire toutes celles qui nous ont été confiées

sur ce pied-là, et à cette condition. Et on peut connaître l'intention de celui qui nous fait une confidence, en deux manières : 1°. s'il déclare formellement que ce n'est que sous la condition du secret qu'il s'explique avec nous ; 2°. par la nature même des choses que l'on nous confie, lorsque nous voyons que leur révélation pourrait faire du tort à celui de qui nous les tenons, ou à d'autres qui ne le méritent pas, et que nous devons ménager. Il est vrai que si les hommes étaient toujours dans les dispositions où ils doivent être, ne voulant jamais que ce qu'ils doivent, à peine le secret serait-il d'usage dans la société. Mais étant faits comme ils le sont, le secret devient une précaution nécessaire contre la malignité du cœur, l'indiscrétion, et la faiblesse de l'esprit des autres; et par conséquent un devoir indispensable.

§. X. Le secret est sur-tout nécessaire dans les grandes affaires, dans les négociations importants. Mais il est pourtant vrai que la nécessité de cette précaution diminue à proportion que les entreprises que l'on forme sont justes et raisonnables.

On a senti dans tous les temps la nécessité et l'obligation de garder le secret, et que ceux qui y manquaient s'attiraient la colère de Dieu et le mépris des hommes. « Le secret, disait Horace, » demande de la fidélité, et cette fidélité n'est » pas sans récompense. Je me garderai bien de » me loger sous un même toît, ou de m'em- » barquer sur un même vaisseau avec celui

» qui aura révélé les secrets qu'on lui aura
» confiés ».

Est et fideli tuta silentio
Merces : vetabo qui cereris sacrum
Vulgarit arcanæ, sub iisdem
Sit trabibus, fragilemque mecùm
Solvat phaselum.

Huitième règle. Si nous devons garder le silence toutes les fois que nos discours pourraient avoir quelque chose d'opposé aux devoirs entre les autres hommes, nous devons, au contraire, parler dans toutes les occasions où notre silence blesserait ces mêmes devoirs. C'est ainsi qu'il faut donner des conseils sincères à ceux qui nous les demandent; montrer le chemin à ceux qui se sont égarés; un soldat mis en sentinelle, doit avertir de l'approche de l'ennemi, etc.

§. XI. Neuvième règle. C'est encore un devoir indispensable d'observer la vérité dans nos discours, et de ne tromper jamais personne par nos paroles, ou par aucun autre signe établi pour manifester nos pensées, toutes les fois que ceux avec qui nous avons à faire, ont quelque droit, parfait ou imparfait, de l'exiger de nous, ou qu'ils ont quelque intérêt raisonnable à savoir ce que nous pensons.

Cette obligation où nous sommes de dire la vérité est fondée, 1°. en général sur le but que Dieu s'est proposé, en nous donnant la faculté de la parole, et sur l'harmonie qu'il a voulu établir entre nos pensées et nos discours.

2°. Il faut remarquer ensuite, que la loi générale de la sociabilité et de l'humanité, donne aux autres hommes quelque droit de connaître nos pensées, et par conséquent nous oblige à parler sincèrement, toutes les fois que cela peut servir à détourner quelque mal qui les menace, ou leur procurer quelque avantage positif.

3°. La nature même de l'affaire dont il s'agit, nous met quelquefois dans une obligation encore plus particulière de parler avec sincérité, et cela dans toutes les affaires qui, en vertu de notre consentement, doivent produire quelque droit ou quelque obligation : c'est ce qui a lieu dans tous les contrats.

4°. Il y a même des cas, dans lesquels le droit que les autres hommes ont de connaître nos pensées, est établi sur une convention particulière entre eux et nous. Comme, si l'on se charge d'enseigner à quelqu'un quelque science, ou si l'on va de la part de quelqu'un s'informer d'une certaine chose; car alors on s'est engagé expressément à ne rien cacher de cette science, ou à rapporter fidèlement l'état des choses.

5°. Enfin, l'on peut dire que même dans les choses indifférentes, nous devons toujours dire la vérité, soit en conséquence du respect que nous lui devons, soit pour maintenir cette confiance si nécessaire au bien de la société, et sans laquelle elle ne saurait procurer aux hommes les avantages et les douceurs pour lesquelles Dieu l'a établie.

A quoi il faut ajouter, que l'expérience fait

voir, que si l'on se permet de mentir, de feindre, ou de dissimuler sur de légers sujets, on contracte insensiblement une habitude qui, dans la suite, nous porte à manquer de sincérité dans les occasions les plus importantes, et où il est de la dernière nécessité de découvrir nos pensées.

Concluons des réflexions que nous venons de faire, que la sincérité, dont les honnêtes gens se piquent si fort, est cette vertu qui nous fait parler conformément à nos pensées, à tous ceux qui ont quelque droit parfait ou imparfait de l'exiger de nous, ou qui ont quelque intérêt raisonnable à savoir ce que nous pensons.

§. XII. Le mensonge, au contraire, est ce vice qui nous porte à nous exprimer de propos délibéré d'une manière qui ne répond pas à ce que nous avons dans l'esprit, quoique nous y soyons obligés, ou par la loi de la justice ou par celle de l'humanité. La sincérité et le mensonge sont donc une espèce de justice et d'injustice. Aussi le premier trait dans le caractère d'un homme propre à faire le bonheur des autres, c'est la sincérité et la franchise : comme, au contraire, rien n'est plus opposé à l'avantage de la société, rien n'est plus indigne que le caractère d'un homme, sur la parole de qui on ne peut faire aucun fond. En particulier, rien n'est plus important pour les princes, rien n'est plus digne d'eux, que de se piquer d'une sincérité à toute épreuve, et d'aimer et d'estimer cette vertu dans les personnes qui les approchent. L'or-

gueil insupportable des grands, leur incorrigibilité invincible, et tous les maux de leur domination; viennent principalement de ce que la sincérité est à peine connue dans la cour des princes, et de ce que la dissimulation et la basse flatterie occupent la place de cette vertu. Mais pour peu que les princes connussent leurs véritables intérêts, ils sentiraient bientôt le prix de la sincérité, ils ne compteraient pour leur véritables amis et leurs plus fidèles serviteurs, que ceux qui leur parleraient sincèrement sur leurs défauts, et qui ne leur déguiseraient rien d'important. Ils détesteraient, au contraire, les flatteurs, qui sont la peste des cours, et écoutant les conseils sincères de gens sages, ils deviendraient aussi illustres par leurs vertus, qu'ils le sont par leur naissance et par leur dignité.

§. XIII. Les maximes que nous avons établies jusqu'ici n'empêchent pas qu'il n'y ait certaines fictions innocentes, et qui n'ont en elles-mêmes rien de criminel. Telles sont ces fictions ingénieuses que l'on emploie quelquefois pour faire entrer dans l'esprit des enfants, ou d'une multitude, des instructions qui leur sont nécessaires, et qui ne feraient pas sur eux la même impression, si on leur présentait la vérité toute nue. Il est bien évident que ces sortes de fictions n'ont rien d'opposé aux lois de la justice, ni aux devoirs de l'humanité.

[148. Cependant, il faut être bien sur ses gardes à l'égard principalement des enfants qui ne sont pas en état de discerner les occasions où la

feinte et la dissimulation sont innocentes : car s'ils s'aperçoivent que leurs supérieurs ou leurs maîtres se permettent de l'artifice, ils en feront usage eux-mêmes pour cacher leurs fautes : delà ils viendront aisément à ne plus dire un seul mot de véritable, et ils auront toujours un mensonge prêt pour la moindre chose. *Voyez* Locke, *Educat. des enfants*, §. 134, et suiv. Mais parce que la faiblesse de leur raison, et l'impétuosité de leurs passions, les portent ordinairement à se dégoûter des leçons exprimées avec simplicité et uniformité ; il sera bon de les instruire par des fables ingénieuses, et de les retenir dans leur devoir, par des apologues, qui par des faits arrangés avec art, leur mettent sous les yeux, leurs devoirs, sous l'enveloppe des fictions. Ainsi, ce n'est point pour se jouer d'eux, ou pour leur faire du mal, que l'on use envers eux de quelque innocent artifice de cette nature, mais parce que leur âge ne permet pas de prendre des voies plus sérieuses, pour leur persuader certaines choses, et pour faire entrer dans leur esprit, les instructions dont ils ont besoin. « Ce ne » sont pas seulement les poètes, disait Strabon, » qui ont employé les fables : les chefs des Etats » et les Législateurs s'en étaient déjà servis long- » temps auparavant, pour des raisons d'utilité, » et en conséquence des réflexions qu'ils avaient » faites sur la nature de l'animal raisonnable. » Car l'homme désire d'apprendre, et l'avidité » des fables lui en ouvre le chemin. C'est par là » que les enfants commencent à écouter et à

» converser. La raison en est, que la fable présente quelque chose de nouveau, elle parle d'autre chose que de ce qu'on voit : or, ce qui est nouveau, et ce que l'on ne savait pas encore donne du plaisir : et c'est cela même qui excite la curiosité. Que si on y trouve encore le merveilleux et quelque chose qui tienne du prodige, cela augmente le plaisir, qui est l'appât du désir d'apprendre. On est donc obligé de prendre d'abord par là les enfants : mais dans la suite, à mesure qu'ils avancent en âge, il faut les mener à la connaissance de la vérité même ; leur esprit ayant alors acquis des forces et n'ayant plus besoin d'être flatté (1) ».]

§. XIV. Mais n'y a-t-il aucun autre cas où l'on puisse user d'une dissimulation innocente ?

Je réponds : Que s'il y a des exceptions à la loi qui nous oblige à dire la vérité, ces exceptions sont très-rares, qu'elles ne peuvent avoir lieu que dans des cas extrêmes, et qu'en général le plus sûr et le mieux est de nous en tenir à la règle, telle que nous l'avons établie, *neuvième règle*. Pour juger plus surement de ces cas extraordinaires dans lesquels on peut, sans se rendre coupable de mensonge, user de quelque dissimulation, il faut remarquer que lorsque le lien de la société et de l'humanité est rompu par des inimitiés ouvertes et déclarées, quand les autres cherchent à nous nuire et à nous détruire par tous les moyens possibles, alors ils ont perdu

(1) Lib. I. *Voyez* Lucrèce, liv. I, vers. 935 et suiv. ; la Préface des Fables de La Fontaine, etc.

toute espèce de droit de rien attendre de nous. C'est ce qui autorise tous les stratagêmes, toutes les ruses dont on se sert pour surprendre ou pour affaiblir un injuste agresseur ; les faux avis que l'on fait donner aux ennemis ; en un mot, toute espèce de déguisement, de parole ou de fait, qui peuvent servir à nous mettre à couvert, ou à nous défendre.

Mais il faut bien remarquer que cette permission de tromper un ennemi par de faux discours, ne doit jamais être étendue jusqu'aux conventions que l'on a faites avec lui, soit pour finir la guerre, soit pour suspendre les actes d'hostilité.

L'on peut encore rapporter ici cette heureuse dissimulation, par laquelle on peut empêcher les gens passionnés ou les méchants, de commettre des crimes. Ces personnes n'ont aucun droit de prétendre qu'on leur parle avec sincérité, pour leur procurer les moyens d'exécuter leurs mauvais desseins. Ainsi, quand un homme possédé par une violente colère, cherche, le poignard à la main, une personne innocente ; quand un tyran, ou un persécuteur impitoyable, cherche à faire périr ceux qui lui déplaisent, ou ceux dont tout le crime consiste à ne pas penser comme lui, il est permis de feindre, de dissimuler, pour dérober à leur ressentiment et à leur fureur ceux qui en sont les tristes objets. La parole étant en elle-même un moyen de société, ce serait aller directement contre sa destination, que de s'en servir d'une manière contraire à ce que la société exige de nous, et pour la perte des in-

nocents. D'ailleurs, ceux qui ne veulent connaître nos pensées que dans le dessein de satisfaire leur passion ou leur injustice, n'ont, dans ces circonstances, aucun droit à la vérité. Et la sincérité serait une vertu bien cruelle, si elle devait être observée à la rigueur, avec ceux qui ont eux-mêmes l'intérêt le plus pressant qu'on la viole à leur égard, pour les empêcher de commettre quelque crime.

Les choses réduites à ces termes, et prises avec toutes les limitations que nous y avons apportées, il n'en peut résulter aucun inconvénient : les cas où il est permis d'user de dissimulation se réduisent à un petit nombre, et l'obligation où nous sommes de dire la vérité subsiste dans toute sa force.

[149. Mais pour mieux développer cette matière qui est une des plus importantes dans la morale, il faut remonter aux principes, pour en tirer ensuite des conséquences certaines pour la conduite des hommes.

Il est d'abord certain, que la plupart des philosophes payens, et presque toute l'antiquité chrétienne, jusqu'au Ve siècle, ont cru que tout ce qu'on appelle *mensonge*, n'est pas toujours illicite, quoiqu'ils n'eussent pas encore développé les principes de la matière (1). S. Augustin, un des plus grands génies de l'Eglise, mais aussi un des plus outrés dans les controverses, dont il se mêlait, soutint, avec toute la vivacité afri-

(1) Grotius, liv. III, chap. I, §. IX, n°. 5, 6, 7.

caine, l'opinion contraire. Et pour faire sentir en peu de mots jusqu'où il poussa son zèle à cet égard, il suffira de transcrire ici trois de ses principales maximes.

I. « Que si tout le genre humain devait être » exterminé, et qu'il fût possible de le sauver » par un mensonge, il faudrait éviter le men» songe, et laisser périr tout le genre humain. »

§. II. « Que lorsqu'en disant un mensonge on » peut empêcher un ou plusieurs de nos pro» chains de pécher, il vaut mieux les laisser » pécher que de mentir. »

§. III. « Que lorsqu'en mentant on peut empê» cher un de nos prochains d'être damné éter» nellement, il vaut mieux le laisser périr, que » de le sauver aux dépens de la vérité. » Il n'est personne qui ne voie d'abord que de telles maximes sont capables de renverser tout l'édifice des lois naturelles : ce qui paraîtra encore plus clairement si nous remontons aux principes de cette matière.

Remarquons d'abord, que si l'homme avait été destiné à vivre isolé, sans avoir aucun commerce, aucune liaison avec les autres hommes, la parole lui aurait été entièrement inutile. Si Dieu, par exemple, n'avait créé qu'un seul homme sur la terre, cet homme unique, ne se serait jamais avisé d'inventer un langage. Quel eût été en effet son dessein par cette invention? Je dis même qu'il ne se serait jamais avisé, que la langue outre son premier usage, de servir à la manducation, avec les autres parties de la

bouche, pouvait en avoir un second beaucoup plus noble, savoir d'exprimer ses pensées et de parler. Mais destiné par le Créateur, à vivre en société, obligé à recourir à l'assistance des autres lorsque ses propres forces ne suffisaient pas à sa conservation, ou à son bonheur, tenu enfin à faire usage de ses facultés, lorsque les autres en auraient besoin à leur tour, il est manifeste que l'homme pour tirer de la société tous les avantages que l'auteur de cette même société lui avait ménagés, et pour s'acquitter des devoirs auxquels il était obligé envers la société, devait avoir le don de la parole dont le but doit être ainsi de nous acquitter de nos devoirs envers nous-mêmes et envers le prochain. Je ne parle pas de nos devoirs envers Dieu; car pour nous en acquitter, hors l'état de la société, la parole ne nous serait pas absolument nécessaire : le langage qui nous conviendrait le mieux alors se bornerait à celui du cœur.

Le but de la parole nous mène donc naturellement à connaître la manière de s'en servir. Car dès que la parole nous a été donnée pour obtenir des autres les secours que les lois de la conservation et de la perfection de nous-mêmes nous obligent de demander, et pour les prêter aux autres lorsqu'ils ont besoin des nôtres ; il s'ensuit évidemment que nous péchons contre les premiers principes du Droit naturel toutes les fois que nous faisons servir la langue à notre préjudice, ou au désavantage des autres : nous agissons, au contraire, conformément aux lois divines,

lorsque nous nous en servons pour demander les secours qu'effectivement nous connaissons convenables à notre conservation, à notre perfection, et pour donner à notre prochain les secours que nous croyons effectivement convenables à sa perfection, à sa conservation. Puisqu'il est clair que si je demandais des autres ce que je juge tendre à ma destruction, à mon imperfection, ou si je faisais aux autres ce que je croirais tendre à leur destruction, à leur malheur, je ferais un usage de la parole tout-à-fait contraire à son but.

L'usage que nous devons indispensablement faire de la parole, nous défend rigoureusement de mentir. En effet, mentir c'est s'exprimer de propos délibéré différemment de ce que l'on pense. Or si je connais que le secours A, m'est nécessaire, et que je demande de propos délibéré, le secours B, sachant qu'il me sera nuisible, je mens, parce que je ne réponds pas au but pour lequel la parole est donnée. Si mon prochain me demande un conseil, et que je lui donne le conseil A, tandis que je crois que le conseil B lui convient, je mens parce que je ne fais pas le véritable usage de la parole. En général donc, je mens toutes les fois que je me sers de la parole pour attirer ou à moi-même, ou aux autres un véritable mal, le sachant et le voulant.

La vérité morale est donc une vertu relative comme toutes les vertus sociales : et le mensonge est un vice relatif comme tous les vices.

sociaux. En effet l'homme isolé ne faisant point usage de la parole, ni pour sa propre conservation, ni pour celle des autres, ne serait jamais exposé à dire ni la vérité ni le mensonge; tout comme il ne saurait exercer aucune des vertus sociales qui ne peuvent être mises en pratique que dans la société. De-là nous pouvons conclure que la vérité morale n'est pas une vertu en elle-même, et que le mensonge n'est pas un vice en lui-même; mais qu'ils sont tels seulement, parce que l'homme étant en société, ne saurait ni se procurer à lui-même, ni prêter aux autres les secours qui entretiennent les sociétés, sans faire de la parole l'usage auquel elle a été destinée par l'auteur de la nature, je veux dire de s'exprimer toujours comme l'on pense. Car supposons pour un moment, ou que l'homme isolé eût l'usage de la parole; ou qu'étant en société, il eût tout ce qu'il lui faut pour être heureux, tellement qu'il ne dût ni rien demander aux autres hommes, ni rien leur fournir. Dans le premier cas, si l'homme ne s'exprimait pas comme il pense avec les animaux ou avec les végétaux, il ne mentirait pas proprement suivant l'idée que nous attachons aujourd'hui à ce mot; et cette action serait une action indifférente à laquelle on ne saurait attacher aucune moralité. Dans le second cas, c'est-à-dire, où l'homme aurait tout ce qu'il lui faut pour son bonheur, il faudrait nécessairement supposer une plus grande perfection dans la nature humaine, surtout relativement aux forces de l'esprit et du corps;

et dans cette supposition personne ne serait la dupe des autres lorsqu'ils ne s'exprimeraient pas conformément à leur manière de penser; la perfection de leur nature ferait aisément comprendre à ceux qui écouteraient, que celui qui parle ne s'est pas exprimé, comme il pense, et on prendrait son discours comme un badinage, qui ne pourrait avoir aucune suite fâcheuse dans l'esprit de ceux à qui la parole serait adressée; précisément comme lorsqu'on adresse à un enfant ou à un insensé quelque chose de faux et inventé tout exprès, en présence des personnes éclairées, on ne dirait pas surement que l'on ment à ces personnes, parce qu'elles comprennent aisément que la personne qui parle aux enfants ou aux insensés, ne s'exprime pas comme elle pense.

Concluons donc, que selon les lois naturelles l'obligation de dire la vérité, n'a d'autre fondement que l'*amour de nous-mêmes*, et de la *sociabilité*. Pauvres par nous-mêmes et faibles, environnés de mille dangers, nous ne saurions ni nous conserver nous mêmes, ni veiller à la conservation des autres, sans des secours réciproques, qu'on ne demande, et qu'on n'accorde que par l'usage innocent de la parole. Or comme tous les hommes ont droit aux secours des autres, tous ont aussi droit qu'on leur dise la vérité, sans laquelle on ne peut obtenir de véritables secours.

Cette méthode de déduire la nécessité indispensable où nous sommes de dire la vérité, de

l'*amour de nous-mêmes* et de la *sociabilité*, me semble beaucoup plus simple et plus naturelle que celle de Grotius (1) et de Puffendorf (2) qui fondent cette obligation sur une espèce de convention tacite que font les hommes entre eux, en introduisant l'usage de la parole et d'autres signes semblables. Suivant ces fameux jurisconsultes, les hommes s'engagent par-là à employer les moyens d'exprimer leurs pensées pour désigner telle ou telle chose plutôt qu'une autre. Car ou cette convention tacite regarde l'usage des mots, ou l'obligation de ne jamais parler contre sa pensée. Si l'effet de cette convention tacite est l'obligation de se servir des mots ou des signes dans la signification dont on est par l'usage tacitement convenu, il faut que cette obligation soit bien légère, car tout le monde s'en écarte; de simples particuliers inventent de nouveaux mots, de nouvelles expressions, de nouveaux tours, ou donnent de nouveaux sens aux termes déjà reçus, en quoi ils sont bientôt suivis par les autres, sans qu'ils prétendent leur imposer aucune obligation. Or, si l'établissement de la signification des mots était fondé sur un consentement obligatoire, exprès ou tacite, le moindre changement contre l'usage reçu, serait criminel.

Mais si l'effet de cette convention tacite est l'obligation de dire la vérité, et de ne jamais parler contre sa pensée, il faut ou que cette obli-

(1) Liv. III, chap. I, §. XI.
(2) Liv. IV, chap. I, §. V et suiv.

gation soit fondée sur quelque loi naturelle, ou qu'elle fût entièrement arbitraire avant la convention. Mais si cette obligation est fondée sur quelque loi naturelle, suivant l'opinion de Puffendorf (1), la convention tacite est inutile; et il ne s'agit alors que de développer cette loi naturelle sur laquelle ce devoir est fondé. Que si cette obligation n'est pas fondée sur un droit naturel, mais qu'elle dérive simplement d'une convention tacite, que les hommes sont censés avoir faite entre eux, de s'accorder réciproquement la liberté de juger des pensées d'autrui, comme Grotius s'exprime (2); cette convention tacite ne serait point obligatoire pour ceux qui ne voudraient pas y entrer; car alors la vérité morale serait regardée comme une chose indifférente suivant le Droit naturel; or les conventions sur des choses purement arbitraires, n'obligent que ceux qui ont voulu expressément ou tacitement y entrer.

Les conséquences que Grotius en tire ne sauraient nullement découler du principe qu'il établit. Il dit, 1°. d'après Platon, Ciceron et l'Ecriture sainte, que la vérité morale est une branche de la justice, et que le mensonge est illicite parce que l'on *parle faussement contre son prochain* (3). Rien de plus juste que de s'acquitter de ses devoirs envers soi-même, et envers son prochain, dont la parole est le moyen, suivant

(1) Ibid. §. VII.
(2) Ibid. §. XI, n°. 3.
(3) Ibid., n°. 5.

nos principes. Mais si la vérité morale n'est qu'une chose arbitraire par elle-même, et obligatoire par une convention tacite, celui qui mentirait, ne voulant point entrer dans cette prétendue convention tacite, ne commettrait point d'injustice.

2°. Ce n'est pas un mensonge criminel, dit-il, de dire quelque chose de faux à un enfant, ou à une personne insensée; car n'ayant pas la liberté du jugement, on ne saurait leur faire du tort à cet égard (1). Le principe est vrai, mais la raison fondée sur l'opinion de Grotius est fausse. Car si la convention tacite avait lieu, l'enfant aurait un droit aussi parfait à la vérité qu'un homme fait; surtout si le mensonge pouvait produire chez lui une idée fausse. Mais suivant vos principes, on peut impunément parler contre sa conscience à un enfant ou à un homme insensé, si c'est pour leur procurer un bien, tandis que la vérité leur procurerait certainement un mal.

3°. Il dit encore que l'on ne ment point, toutes les fois que celui à qui s'adresse le discours n'est point trompé, quand même on s'exprime d'une manière a donner lieu à un tiers de se tromper; puisque ce n'est pas à lui qu'on parle, et qu'ainsi on n'est dans aucune obligation de lui découvrir ce que l'on pense (2). Je dis que la conséquence et la raison sont fausses. D'abord la conséquence est fausse; car comme on peut quelquefois causer

(1) §. XII, §. 2.
(2) §. XIII.

un aussi grand mal par un mensonge à ceux qui écoutent qu'à celui à qui on adresse la parole, il est évident qu'en les trompant nous manquons à ce que nous leur devons, quand même nous ne leur adressons pas la parole. D'ailleurs le cas n'est pas possible, à moins que de vouloir tromper de propos délibéré ceux qui écoutent, sans que nous leur adressions la parole; comme quand on fait un conte inventé à plaisir devant des gens qui en savent tout le mystère. Si ce conte peut leur faire du mal, qui est-ce qui oserait soutenir que ce ne serait pas mentir? La raison qu'allègue Grotius est encore fausse; car si l'on ne mentait que lorsqu'on trompe celui à qui on adresse la parole, et qui seul a droit à la vérité de notre part, on ne mentirait pas lorsqu'on s'adresserait à une personne qui est informée du mystère, pour en tromper d'autres; ce que personne n'oserait soutenir, puisque ce serait ouvrir la porte au mensonge : pour mentir impunément, il n'y aurait qu'à ne pas adresser la parole à celui qu'on voudrait tromper.

4°. On doit déguiser sa pensée, dit Grotius, toutes les fois qu'il est certain que celui à qui l'on parle, bien loin de s'offenser de l'atteinte qu'on donne à la liberté de son jugement, nous en saura bon gré à cause de quelque avantage qui lui en revient. Car en ce cas-là, une présomption de la volonté d'autrui a autant de force qu'un consentement exprès (1). En effet, c'est

(1) §. XIV.

une maxime reconnue de toute l'antiquité *qu'il est permis de tromper quelqu'un par le mensonge, lorsque c'est pour son propre bien.* C'est-là une décision très-conforme à nos principes; qui fondent l'obligation de dire la vérité sur l'amour de soi-même et sur la sociabilité. Car comme il arrive souvent que l'amour de nous-mêmes, ou celui de notre prochain, demande le mensonge plutôt que la vérité, nous devons, dans ces cas, faire usage de la parole, conformément à ces deux grands principes qui doivent constamment diriger l'usage de la parole. Mais si l'obligation de dire la vérité est une suite d'une convention, il ne sera jamais permis de s'en écarter; car il ne faut pas faire du mal, même en vue de procurer un bien: or le mensonge, contraire à la convention, sera toujours un mal, quelque but qu'on se propose en mentant.

5°. Une autre conséquence que tire Grotius, c'est, que ce n'est point un mensonge criminel, lorsqu'un supérieur qui a un droit éminent sur tous les droits de ceux qui dépendent de lui, use de ce droit en leur disant quelque chose de faux pour leur avantage ou public ou particulier (1). Cette conséquence est une suite de nos principes, que l'usage de la parole doit être dirigé par les grands principes de l'amour de soi-même et de la sociabilité. Mais elle ne sau-

(1) §. XV.

rait s'accorder avec les principes de Grotius. Car les hommes, dans l'établissement des sociétés, n'ont pas pensé à renoncer au droit qu'ils avaient acquis à la vérité morale, par une convention qui doit avoir précédé tout établissement humain. Ainsi le souverain a bien droit sur tous les droits de ses sujets auxquels ils ont renoncé ou expressément ou tacitement lorsqu'ils se sont assujettis à un gouvernement; mais il n'en a point sur les droits auxquels les hommes ne pouvaient, ni ne devaient renoncer, tel qu'est celui qu'ils s'étaient acquis à la vérité morale par une convention générale de l'humanité. Si donc on n'envisage que cette prétendue convention tacite comme le fondement de l'obligation de dire la vérité, on ne saurait jamais excuser de mensonge un souverain, quelque fût le bien qu'il procurerait par-là à la société dont il est chef.

6°. Enfin Grotius tire une dernière conséquence en disant que le mensonge n'a rien de mauvais, lorsqu'on ne peut autrement sauver la vie d'un innocent, ou quelque autre chose d'équivalent; ou lorsqu'il n'y a pas moyen d'empêcher autrement que quelqu'un n'exécute une méchante action (1). Le premier cas de cette conséquence peut bien convenir avec la convention tacite qui produit l'obligation de dire la vérité; car l'obligation de sauver la vie à un innocent est bien

(1) §. XVI.

plus forte que celle qui dérive de la convention tacite de dire la vérité. Quant au second cas, si nous fondons l'obligation de dire la vérité sur l'amour de nous-mêmes et de notre prochain, dont l'exécution dépend de l'usage de la parole, rien de plus naturel et de plus sacré, que de mentir (le mensonge, suivant nos principes, n'étant point un mal absolu) pour empêcher une mauvaise action. Mais à ne considérer que la pure convention qui donne le droit aux hommes à la vérité, il ne serait pas absolument permis de la leur refuser, quand même elle ne leur servirait que pour faire une mauvaise action ; comme il n'est pas permis de retenir le bien d'autrui sous prétexte qu'il s'en servira pour commettre des crimes. Il n'est pas permis de frauder d'un droit une personne ; quelque soit l'usage qu'elle pense faire de sa jouissance.

Est-il donc permis de mentir ? Toute la difficulté de cette question dépend de la définition qu'on donne du mensonge. Si nous définissons le mensonge suivant nos principes, *tout usage de la parole contre les lois naturelles*, la question revient à celle-ci : *Est-il permis de blesser les lois naturelles en parlant ?* La réponse est fort claire. Donnons-en quelques exemples. Lorsque Abraham allait sacrifier son fils sur la montagne de *Morijah*, il dit à ses serviteurs : *Demeurez ici : nous monterons l'enfant et moi, et quand nous aurons adoré Dieu, nous retournerons.* Les Pères, les interprètes, ont fait des volumes sur ce prétendu mensonge, et, par mes principes, je

résous en deux mots la difficulté. Abraham ne mentit pas, parce qu'il fit usage de la parole suivant les lois naturelles. S'il avait dit ce qu'il pensait, ses gens l'auraient empêché de faire ce qu'il se proposait; il aurait sauvé par-là son fils, mais il ne se serait pas acquitté de ce qu'il devait à Dieu; or, comme dans un conflit de devoirs, le plus fort doit l'emporter sur celui qui l'est moins, Abraham fit donc l'usage de la parole qu'il devait faire suivant les lois naturelles; donc il ne mentit pas.

Narbal, pour se soustraire à la cruauté du roi de Tyr, conseillait à Télémaque de cacher sa véritable origine. « Vous soutiendrez, lui disait-il, » que vous êtes Cyprien de la ville d'Amathonte, » fils d'un statuaire de Vénus : je déclarerai que » j'ai connu autrefois votre père, et peut-être que » le roi, sans approfondir davantage, vous laissera partir. Je ne vois plus d'autre moyen pour » sauver votre vie et la mienne.... Je ne puis me » résoudre à mentir, répondit Télémaque : je ne » suis point Cyprien, je ne saurais dire que je le » suis..... Ce mensonge, répondit Narbal, n'a » rien qui ne soit innocent : les dieux mêmes ne » peuvent le condamner; il ne fait aucun tort à » personne, il sauve la vie à deux innocents, il » ne trompe le roi que pour l'empêcher de faire » un grand crime. Vous poussez trop loin, Télémaque, l'amour de la vertu, et la crainte de » blesser la religion. Il suffit, dit Télémaque, » que le mensonge soit mensonge, pour n'être » pas digne d'un homme qui parle en présence

» des dieux, et qui doit tout à la vérité. Celui
» qui blesse la vérité, offense les dieux, et se
» blesse soi-même ; car il parle contre sa conscience. Cessez, Narbal, de me proposer ce
» qui est indigne de vous et de moi. »

Voilà des idées bien étranges de nos devoirs ! Il est permis de tuer un homme en présence de Dieu, lorsqu'il nous attaque injustement; et il ne sera pas permis de garantir notre vie en sauvant celle de notre agresseur par une tromperie qui, ne faisant point de tort à personne, fait un bien considérable à trois à la fois. Celui qui blesse la vérité, dit-on, offense les dieux. C'est celui qui blesse les lois naturelles, qui offense les dieux ; or, pourquoi ne me déterminerai-je à m'exprimer différemment de ce que je pense, pour ne pas transgresser les lois les plus sacrées de la nature ? *Le mensonge est toujours mensonge.* C'est un jeu de mots. Le mensonge, c'est-à-dire, l'usage de la parole contre ce que les lois natuelles prescrivent, est toujours un mensonge, c'est-à-dire une action criminelle ; rien de plus vrai : le mensonge, c'est-à-dire une expression qui ne s'accorde point avec la pensée de celui qui parle, pour se procurer un bien réel à soi-même et à d'autres, et pour empêcher que celui que l'on trompe, ne commette un grand crime ; ce prétendu mensonge loin d'être une action criminelle, est réellement une action vertueuse, parce qu'elle est conforme à ce que nous nous devons à nous-mêmes et à notre prochain : et il est impossible que pendant que nous nous acquittons de nos

rale du Droit naturel qui défend de faire du mal à autrui ; « comme si le mensonge dit-il, n'était » criminel que pour ce qu'il cause du dommage. » Car à proprement parler on ne cause point » de dommage à un homme en lui refusant » quelque chose à quoi il n'avait qu'un droit im- » parfait (1). » Voilà qui est bien suivant les lois civiles ; mais suivant les lois naturelles qui ne nous ordonnent pas moins rigoureusement les devoirs de l'humanité, qu'on appelle droits imparfaits, que ceux de la justice proprement dite, que les jurisconsultes appellent droits parfaits ; suivant les lois naturelles, dis-je, nous ne causons pas moins de dommage à notre prochain en lui refusant les premiers que les seconds ; car suivant ces mêmes lois il n'y a point de droit imparfait. C'est ce que nous avons établi avec la dernière évidence ci-dessus à la note 105.

Au reste si le vice moral du mensonge ne procédait pas du dommage qu'il cause, je ne vois pas comment le même Puffendorf pourrait dire qu'on « ne donne proprement le nom de » mensonge qu'à une fausseté dite de propos » délibéré, en vue de faire du mal ou de causer » du dommage à ceux qui nous écoutent. » Si d'un côté il faut avoir en vue de causer du dommage ou de faire du mal à ceux qui nous écoutent, et que de l'autre on ne cause point de mal ni de dommage à un homme, en lui refusant

---

(1) Au même endroit.



une chose à laquelle il a seulement un droit imparfait ; je ne vois pas comment il peut tirer cette conséquence : « Mais à mon avis, on ne » se rend pas moins coupable de mensonge en » déguisant sa pensée au sujet de ces sortes de » choses (auxquelles on n'a qu'un droit imparfait) qu'en matière de celles auxquelles on est » obligé à la rigueur. » Mais appliquons nos principes à quelques cas particuliers, pour en faire mieux sentir la simplicité.

1°. L'absurdité des maximes de St.-Augustin et des exemples qu'il propose, est trop frappante pour devoir nous y arrêter. Car non seulement les cas qu'il propose sont impossibles, mais encore je dis qu'il est contradictoire de dire qu'on ne mente pas et que cependant on fasse périr le monde entier, ou qu'on n'empêche pas le prochain de pécher, ou d'être damné éternellement ; parce que mentir n'est autre chose que faire usage de la parole contre les règles du Droit naturel.

2°. Est-il permis de se servir de quelque façon de parler équivoque ? Je réponds, que comme un discours équivoque peut avoir plus d'un sens, s'il y a à craindre que quelqu'un de ceux qui écoutent puissent le prendre dans un sens à lui causer du mal, l'équivoque est un mensonge criminel ; mais si l'équivoque ne cause aucun mal à personne, il n'est pas vicieux, et alors il est permis.

3°. Les *restrictions mentales* sont-elles permises ? Puffendorf s'échauffe beaucoup sur cet

article ; il croit les restrictions mentales *inventées par un artifice diabolique*(1). Notre décision sera fort courte. Les restrictions mentales cachent les vraies pensées de ceux qui s'en servent. S'en sert-on pour procurer un bien réel à soi-même, sans offenser le prochain, ou à celui-ci, sans blesser les droits de Dieu et de nous-mêmes ? Elles ne seront pas moins permises que les expressions formellement contraires aux pensées. Sont-elles contraires à nos devoirs ? Elles seront criminelles. Car la restriction mentale dans le premier cas est un usage de la parole conforme aux lois naturelles ; dans le dernier cas, c'est un usage de la parole contre les lois naturelles. Donc dans le premier cas non seulement elle est permise, mais nous sommes obligés même de nous en servir : dans le second cas elle nous est rigoureusement défendue.

4°. L'on voit par-là qu'il est bien permis et même ordonné de ne pas s'exprimer comme l'on pense avec les enfants et les insensés, lorsque par ce déguisement nous avons en vue leur propre bien. De même, lorsque, en nous exprimant comme nous pensons, nous ne pouvons pas venir à bout de soulager un malade, il nous est positivement imposé de lui parler contre notre pensée.

5°. Enfin, pour ne pas multiplier des détails qui se résolvent d'eux-mêmes par des principes

(1) Liv. IV, chap. I, §. XIV.

aussi simples que les nôtres, on demande s'il est permis à une personne accusée d'un crime dont elle est coupable, de le nier, ou d'éluder les accusations par de fausses preuves? Il faut distinguer deux choses dans tout délit, le *crime* et le *dommage*. La réparation du dommage est indispensable, et on peut s'acquitter de ce devoir sans passer par les mains de la justice, et même en plusieurs pays beaucoup mieux. Quant au crime, personne n'étant obligé de s'accuser et de s'exposer soi-même à la peine, pourvu que par-là on ne fasse point de tort à personne, le criminel peut et doit même cacher la vérité: bien entendu qu'il prenne quelque voie indirecte pour réparer secretement le dommage.

CHAPITRE VI.

Du Serment.

§. I. Comme le serment donne beaucoup de poids et de créance à nos discours, et à tous les actes où la parole intervient, l'ordre naturel veut que nous traitions ici de cette matière importante.

§. II. Le serment est un acte par lequel, pour donner plus de poids et de créance à nos discours, ou à nos engagemens, nous nous soumettons d'une manière formelle à la juste vengeance de Dieu, en cas de mensonge ou d'infidélité.

[150. Lorsqu'on prend à témoin un supérieur qui a droit de nous infliger des peines, on est censé le prier en même temps de punir la perfidie, au cas qu'on s'en rende coupable ; et un être qui sait tout ce qui se passe, est le vengeur du crime, par là même qu'il en est le témoin. « Tout serment, dit Plutarque (1), se réduit à » une imprécation contre le parjure ».]

Que ce soit là le sens auquel se réduisent tous les sermens, cela paraît par leur formule même ; et toutes les manières différentes dont ils sont conçus, font voir la même chose. Par exemple. *Ainsi Dieu me soit en aide. J'en prends Dieu à témoin. Je veux qu'il me punisse, etc.*

§. III. De tout temps, et parmi tous les peuples, le serment a été regardé comme une chose très-sainte et très-inviolable. Les Egyptiens punissaient de mort les parjures, comme coupables de deux grands crimes ; l'un, de violer le respect dû à la Divinité ; l'autre, de manquer à l'engagement le plus sacré parmi les hommes. En effet, il n'y a point de lien plus fort que le serment, pour empêcher les hommes de manquer à leur parole. *Nullum enim vinculum ad astringendam fidem, jurejurando, majores arctius esse voluerunt* (2).

Le devoir général, que la loi naturelle prescrit ici, c'est de ne jurer que le moins que l'on peut,

(1) Quest. Rem. XLIV.
(2) Cic. de Offic., lib. III, cap. XLI.

et avec un respect religieux; mais de tenir inviolablement ce à quoi on s'est engagé avec serment. Entrons dans quelque détail.

§. IV. L'usage du serment suppose la défiance, l'infidélité, l'ignorance, et l'impuissance des hommes. Il a été établi comme un remède à ces maux-là. Et, certainement, l'on ne pouvait employer un moyen plus efficace, pour engager à dire la vérité, ou à tenir sa parole, que la crainte d'un Dieu qui peut tout, et qui voit tout, et à la justice duquel on se soumet soi-même, en cas de mensonge ou de perfidie. Ainsi le but et la fin du serment, de la part de celui qui jure, c'est de donner plus de créance à ses discours, et de se concilier la confiance, et de la part de celui à qui l'on jure, de s'assurer de la sincérité ou de la fidélité de celui avec qui il a affaire. Cela étant, le serment, par rapport au commerce de la vie, est proprement un moyen de société; il ne doit être considéré que comme un acte civil. C'est une sureté que l'on exige, et dont la force dépend de l'impression que fait sur l'esprit des hommes la crainte d'une Divinité.

§. V. Pour bien connaître en quoi consiste l'obligation et la force du serment, il faut premièrement savoir ce qui est essentiellement nécessaire au serment, afin qu'il soit véritablement tel, et que l'on puisse dire raisonnablement que celui qui l'a prêté, a réellement juré. Or, il est de l'essence du serment considéré en lui-même, 1°. qu'il se termine toujours à la Divinité. 2°.

Qu'il renferme une soumission à la justice divine, en cas de perfidie ou de mensonge.

Outre cela, afin que celui qui prononce un serment, puisse être censé avoir véritablement juré, il est nécessaire 1°. qu'il soit conforme à la religion de celui qui le prête. 2°. Que celui qui jure ait l'usage de la raison. 3°. Qu'il ait véritablement l'intention de prendre Dieu à témoin. 4°. Enfin, qu'il jure librement, et non par une contrainte injuste. Développons un peu plus particulièrement ces idées.

§. VI. Je dis donc 1°. que, quoique la forme du serment puisse varier pour les termes, le serment est toujours le même dans le fond, c'est-à-dire, qu'il doit toujours se terminer à la Divinité. Car, comme il n'y a que Dieu qui ait une connaissance et une puissance infinie, il est clair que l'on ne saurait, sans absurdité, jurer par un être que l'on ne conçoit pas comme Dieu, c'est-à-dire, en qui l'on ne connaît pas la toute-puissance, la toute connaissance, et une parfaite justice. Et quoique les idées que les Payens avaient de la Divinité fussent confuses, et mêlées d'absurdités et de contradictions, cependant, comme ils reconnaissaient dans la Divinité ces attributs qui servent de fondement au serment, le serment avait chez eux toute sa force. Nous voyons, à la vérité, qu'anciennement on faisait souvent mention dans les sermens des créatures. C'est ainsi, par exemple, que les anciens chrétiens ne faisaient pas scrupule de jurer par le salut, ou par la conservation de l'Empereur, etc., ou par

la vie de leurs enfants. Cela voulait dire, que l'on priait Dieu, en cas de parjure, de développer sa vengeance sur ces personnes, comme celles qui leur étaient les plus chères. Mais quoiqu'il en soit, il est manifeste que ces sermens étaient très-irréguliers, et qu'à les considérer en eux-mêmes, ils avaient quelque chose de criminel.

[151. Un chrétien persuadé de l'existence d'un Dieu créateur, ne doit jurer que par cet Etre souverain. Une des marques auxquelles les Payens connaissaient que l'abjuration d'un chrétien n'était pas simulée était lorsqu'il jurait par *la fortune de César* (1); ce que Polycarpe refusa avec une constance inébranlable.

Un jurisconsulte Romain semble soutenir, *que quand on jure par sa tête, cela n'est pas regardé comme un serment* (2). Mais il veut dire seulement, comme il s'en explique lui-même, qu'un tel serment n'est pas valable en justice, s'il n'a été expressément déféré. Car les sermens se font en faveur de ceux qui les exigent ; d'où vient que celui qui fait jurer, prescrit d'ordinaire les termes du serment afin qu'il aient leur effet dans le sens qu'ils les a entendus, et que celui qui jure, ne puisse pas en éluder la force par quelque équivoque adroitement insérée.]

(1) Origène, Tertullien, etc.

(2) Qui per salutem suam jurat, licet per Deum jurare videatur, (respectu enim divini Numinis ita jurat) attamen si non ita specialiter jusjurandum ei delatum est, jurasse non videtur; et ideo ex integro solemniter jurandum est. DIGEST., lib. XII, tit. II, de Jurejur. etc., leg. XXXIII.

§. VII. 2°. Il est essentiel au serment considéré en lui-même, que l'on s'y soumette à la justice de Dieu, en cas qu'on se rende coupable de parjure. On ne saurait concevoir de serment sans cela. Cependant il suffit de prendre Dieu à témoin pour faire un véritable serment : car prendre à témoin un supérieur qui a droit de punir, c'est lui demander qu'il punisse en effet l'infidélité ou la perfidie. Telles sont les conditions essentiellement nécessaires au serment considéré en lui-même.

§. VIII. Mais outre cela, afin que quelqu'un soit censé avoir juré véritablement, il est nécessaire, 1°. que le serment soit conforme à la religion de celui qui le prête ; autrement le serment n'aurait aucune force ; car envain ferait-on jurer quelqu'un par une divinité qu'il ne reconnaît point, et qu'il ne craint point, par conséquent. Un idolâtre est donc obligé de tenir les sermens qu'il a faits par ses faux dieux, mais qui, dans sa pensée, sont de véritables dieux. *Divus pius jurejurando, quod propriâ superstitione juratum est, standum rescripsit* (1).

[152. Car, quelque idée qu'il se forge, il a toujours devant les yeux l'idée générale de la Divinité ; de sorte que s'il se parjure de propos délibéré, il viole en tant qu'en lui est, le respect que chacun doit, et qu'il doit lui-même à la Majesté divine.

---

(1) Digest., lib. XII, tit. XXII, de Jurejur. etc., lib. V, §. 2.

Si un serment est énoncé d'une manière conforme à la religion crue vraie par la personne qui l'intime, et fausse par celle qui le prête, ce dernier n'est point censé pour cela approuver cette religion, et en reconnaître la vérité. De même, lorsque l'on fait jurer un Juif, par exemple, on ne souscrit point par là à ce que pensent les Juifs au sujet de notre Seigneur Jésus-Christ.]

§. IX. Il est nécessaire que celui qui jure ait l'usage de la raison, et qu'il connaisse ce qu'il fait. Sans cela, le serment ne serait qu'un vain son de quelques paroles vides de sens, et auxquelles on ne saurait attribuer aucun effet, aucune moralité. Ainsi on ne saurait dire que des enfants ou des fous qui prononcent quelque formule de serment, jurent véritablement.

§. X. Il faut encore supposer, comme dans les promesses et les contrats, que celui qui jure, agisse avec délibération, et qu'il ait véritablement dessein de prendre à témoin la Divinité. Si donc quelqu'un, sans avoir intention de jurer, prononce des paroles qui renferment un serment, on peut dire qu'il n'a point juré. C'était donc un vain scrupule que celui de Cydippe, qui crut être engagée à épouser Aconce, par la simple lecture des mots suivants, que ce jeune homme, amoureux d'elle, avait écrits sur une pomme, *je jure, par les sacrifices de Diane, d'épouser Aconce*. Et Ovide a raison de lui faire dire :

Quæ jurat, mens est : nil conjuravimus illâ ;
Illa fidem dictis addere sola potest.

Consilium, prudensque animi sententia jurat,
Et nisi judicii vincula nulla valent.
Si tibi conjugium volui promittere nostrum;
Exige polliciti debita jura thori.
Sed si nil dedimus præter sine pectore vocem,
Verba suis frustrà viribus orba tenes.
Non ego juravi, legi juruntia verba (1).

§. XI. Mais toutes les fois que l'on témoigne un dessein sérieux de jurer, c'est un vrai serment et qui conserve toute sa force, quoique l'on prétendît n'avoir pas eu l'intention de prendre Dieu à témoin. Autrement le serment, et même toutes les conventions, ne seraient plus d'aucun usage dans la vie, si par une intention cachée l'on pouvait en éluder les effets.

[153. D'où il paraît qu'il est absurde de mettre en question, si en proférant ou en lisant de propos délibéré des paroles qui renferment une formule de serment, avec intention néanmoins de ne pas jurer, on est véritablement lié par un serment de cette nature. Car si l'on récite simplement les paroles, il est clair qu'on ne jure point du tout, et qu'ainsi l'on ne s'engage à rien. Mais lorsque l'affaire se passe sérieusement, c'est-à-dire que celui qui prononce la formule du serment, donne à entendre qu'il jure tout de bon, pendant que l'autre, à qui il jure, prend la chose sur ce pied-là ; il n'y a point de doute que le premier n'entre dans un vrai engagement, quelle que pensée secrète qu'il ait d'ailleurs.]

(1) Epist. Heroid. XXI, vers. 135 et seqq.

§. XII. 4°. J'ai dit enfin, que pour qu'on pût être censé avoir véritablement juré, il fallait qu'on le fit avec une entière liberté, et non par une injuste contrainte. Il y en a deux raisons principales. La première, c'est qu'un homme qui jure y étant contraint par une violence injuste, n'a point une intention sincère de jurer, c'est-à-dire de se soumettre à la vengeance de Dieu, puisqu'il ne le fait que par force, et pour se tirer de l'oppression où il est. La seconde raison, c'est que le serment en lui-même n'est point un acte de *nécessité* ou de *devoir,* mais de *pure liberté*, et par conséquent on ne saurait l'imputer à celui qui l'a fait qu'autant qu'il est libre.

[154. Pomponius, tribun du peuple, ayant accusé Lucius Manlius d'avoir retenu la dictature au-delà du terme prescrit par les lois, le fils de ce dictateur, surnommé depuis *Torquatus,* alla chez Pomponius, et se trouvant seul avec lui, jura de le tuer, s'il ne jurait lui-même de laisser son père en repos. Pomponius cessa donc ses poursuites, et le peuple y consentit après en avoir su la raison. Cicéron loue la fidélité de Pomponius; « tant, » ajoute-t-il, la sainteté du serment faisait alors » d'impression sur les esprits (1). Cet exemple que Grotius rapporte pour confirmer l'opinion contraire de celle que nous soutenons, ne prouve autre chose, sinon que la religion du serment

(1) De Offic., lib. III, cap. XXI.

chez les Romains allait quelquefois jusqu'à la superstition. La manière même dont Cicéron s'exprime à cette occasion, semble l'indiquer : *Tantùm temporibus illis jusjurandum valebat;* de son temps donc on ne poussait pas si loin les effets du serment.]

§. XII. Telles sont les conditions nécessaires, afin que l'on puisse dire que quelqu'un a véritablement juré. Cela supposé, il ne sera pas difficile de connaître en quoi consiste la force du serment, et quels sont ceux qui sont véritablement obligatoires.

Si l'on fait bien attention à la nature et à la définition du serment, on reconnaîtra que le serment de sa nature ne produit point de nouvelle obligation, propre et particulière; mais qu'il est seulement ajouté comme un lien accessoire, pour rendre plus fort quelque engagement où l'on veut entrer. En un mot, on ne s'engage pas pour jurer, mais on jure pour confirmer son engagement. Le serment est donc par rapport aux engagemens où l'on entre, ce que sont les modes ou les accidents par rapport à la substance, sans laquelle ils ne sauraient subsister.

[155. On comprendra mieux que le serment ne produit pas une nouvelle obligation, si on fait attention à ce que le serment n'est qu'un lien accessoire qui suppose toujours la validité de l'engagement auquel on l'ajoute, pour rendre les hommes envers qui l'on s'engage plus certains de notre bonne foi; et dès qu'il ne s'y trouve aucun vice qui rende cet engagement nul ou illicite,

cela suffit pour être assuré que Dieu veut bien être pris à témoin de l'accomplissement de la promesse, parce quon sait certainement que l'oblition de tenir sa parole, est fondée sur une des maximes évidentes de la loi naturelle, dont il est l'auteur.

Grotius (1) prétend que tout serment, par lequel on s'engage à faire ou à ne pas faire en faveur d'autrui une certaine chose, renferme une double promesse : l'une qui regarde celui à qui l'on jure; l'autre qui a pour objet Dieu, par qui l'on jure; et que l'une de ces promesses peut subsister, quoique l'autre soit invalide. Mais, à proprement parler, on ne promet rien à Dieu dans un serment obligatoire; autrement il n'y aurait point de différence entre un vœu et un tel serment. De plus, on jure très-souvent de faire des choses où Dieu n'est nullement intéressé, et quelquefois même où il se trouve offensé. Or il est ridicule de dire, qu'on promet à quelqu'un une chose qui ne l'intéresse point, ou qui ne l'intéresse que parce qu'elle lui déplaît. Enfin les promesses les plus sincères tombent d'elles-mêmes, quand elles ne sont point acceptées. Si donc le serment renferme une promesse faite à Dieu directement, tout ce qu'il a de force dépendra de savoir si Dieu l'accepte : or le moyen de s'assurer que Dieu accepte mille promesses, confirmées par serment, qui ne regardent point du tout son service?

(1) L. v. II, chap. XIII, §. XIV.

Qu'est-ce donc qu'il y a dans un serment obligatoire, de plus que dans une simple promesse, faite à celui en faveur de qui l'on jure? Rien ne peut nous en donner une idée plus juste que les *traités de garantie*, si ordinaires entre les princes. Deux hommes font une convention, mais l'un appréhende que l'autre ne la viole. Pour s'assurer du contraire, il lui propose de jurer, c'est-à-dire, de prendre Dieu à garant de la convention, et de consentir, au cas qu'il y manque, que Dieu se déclare contre lui, et le punisse de sa perfidie. Il est donc clair que par le serment on ne contracte pas une nouvelle obligation, mais que seulement on interpose la garantie divine. Mais comme pour être assuré de la garantie il faut que le garant y ait consenti, il s'ensuit que le serment est nul lorsque les conventions sont invalides; car il est absurde de se persuader que Dieu veuille être garant de tels engagemens. Enfin, tout acte accompagné de quelque vice qui le rend incapable de produire aucune obligation, ne devient jamais obligatoire par l'interposition du serment. Et un serment postérieur n'annulle pas non plus un engagement valide, et ne détruit point par conséquent le droit que la parole donnée avait acquis à autrui. L'on a beau jurer, par exemple, de ne pas payer une dette, on n'est pas pour cela quitte envers le créancier.]

§. XIV. Il ne faut pourtant pas conclure de ce que le serment ne produit pas une nouvelle obligation, qu'il soit inutile ou superflu. Car, quoique les engagemens où l'on entre sans ser-

ment soient véritablement obligatoires, cependant tous les hommes sont persuadés, et avec raison, que Dieu punira beaucoup plus sévèrement ceux qui outragent hautement la Divinité, en se rendant coupables de parjure, que ceux qui manquent simplement à leur parole. C'est une conséquence du principe que nous venons d'établir §. XIII, que le serment ne change point la nature de l'acte auquel il est ajouté.

§. XV. C'est donc par la nature même des actes dans lesquels on fait intervenir le serment, que l'on doit juger de sa validité ou non-validité. Faisons l'application de ces remarques : 1°. les sermens qui regardent quelque chose d'impossible n'obligent point, quoique l'on commette certainement un grand péché, en abusant ainsi témérairement du nom de Dieu.

[156. Dans les sermens, tout comme dans les conventions, il y a des choses qui ne sont pas impossibles au moment qu'on prête le serment, mais qui peuvent le devenir dans la suite. *Voyez* (1) les réflexions que nous avons faites sur les conventions, elles sont également applicables aux sermens.

A l'égard des choses qui ne sont impossibles que pour l'heure, ou par supposition, la force de l'obligation est suspendue ; ensorte que celui qui a juré, en supposant tel ou tel cas, est tenu de faire tout ce qui dépend de lui pour rendre

(1) Chap. IV.

possible ce à quoi il s'est engagé avec serment. Ainsi, quand le patriarche Abraham envoya à Charran le premier de ses esclaves, le faisant jurer qu'il emmènerait de là une femme pour son fils Isaac, laquelle fût de sa parenté, il lui dit que s'il ne s'en trouvait aucune qui voulût le suivre, il serait quitte de son serment (1).]

§. XVI. 2°. Tout serment par lequel on s'engage à quelque chose d'illicite, c'est-à-dire, défendu par quelque loi divine ou humaine, est nul de lui-même. Car qu'y aurait-il de plus absurde que de dire que l'on se soumet à la vengeance divine, au cas que l'on ne fasse pas quelque chose que Dieu a défendu sous quelque peine? C'est un grand crime que de faire de tels sermens; mais ce serait un crime plus grand encore que de les exécuter. L'histoire de David nous fournit là-dessus un exemple remarquable. Il avait juré, étant en colère, d'exterminer la maison de Nabal. Mais les sages représentations d'Abigail l'ayant appaisé, il rendit grâces à Dieu, de ce qu'après avoir commis un péché en faisant ce serment, il n'en avait pas commis un autre plus grand encore en l'effectuant. I. *Samuel*. XXV. On peut encore rapporter ici le serment qu'Hamilcar fit faire à son fils Annibal, qu'il n'aurait jamais de paix ni d'amitié avec les Romains.

[157. L'usage du serment a été établi pour être une sûreté accessoire des promesses par les-

(1) Gen., chap. XXIV, vers. 8.

quelles on s'engage à quelque action bonne, ou du moins innocente; et nullement afin de prêter, pour ainsi dire, main forte au crime. « Les » Dieux, dit Denys d'Halicarnasse (1), veulent » être pris à témoins des traités honnêtes et justes, » et non pas de ceux qui sont deshonnêtes et in- » justes. »]

§. XVII. 3°. Une promesse conditionnelle ne change pas de nature, et ne devient pas pure et simple, quoique l'on y ajoute un serment.

[158. C'est une suite nécessaire de ce que le serment de sa nature ne produit point de nouvelle obligation propre et particulière; mais qu'il n'est qu'un lien accessoire qui donne plus de force à la convention, soit absolue, soit conditionnelle. En effet la validité ou la nullité des sermens faits sous condition, ne dépend pas moins de l'existence ou de la non existence de la condition, que la validité ou la nullité des simples promesses. Par exemple, aussitôt qu'un magistrat est sorti de charge, il n'est plus tenu à ce qu'il avait juré comme tel en y entrant. D'autre côté, les citoyens ne doivent pas désormais obéir à un magistrat qui est sorti de charge, ou qui a été cassé, quoiqu'on ne les ait pas expressément dechargés du serment; car cela suit de la nature même de la chose. Nous en avons un exemple dans ce que disait Curion, au rapport de Jules César, à ceux de ses soldats, qui avaient été de

(1) Liv. XI, chap. XI.

l'armée de Domitius : « Comment pourriez-vous » être encore liés par le serment que vous aviez » prêté à Domitius, puisque ayant quitté le com- » mandement, il était devenu, de général, sim- » ple particulier, et prisonnier même (1) ? » Il ajoute un peu plus bas : « Que leur serment était » éteint par la perte de la liberté de Domi- » tius (2). »]

§. XVIII. 4°. A l'égard des sermens faits par erreur, quoique, pris en eux-mêmes et dans l'intention de celui qui jure, ce soient de véritables sermens, tout le monde convient qu'ils ne sont point obligatoires. Exemple. Ayant appris quelque nouvelle agréable d'un pays éloigné, on promet avec serment, et en considération de cela, quelque récompense à celui qui nous l'a apprise ; la nouvelle se trouvant fausse, on n'est point lié par un tel serment. Et en effet, dans ces circonstances, celui qui jure ne le fait que conditionnellement, supposant un certain état des choses ; ensorte qu'il n'aurait ni promis, ni juré, s'il avait connu les choses telles qu'elles étaient effectivement.

§. XIX. 5°. Il en faut dire autant, et à beaucoup plus forte raison des sermens surpris par artifice, lorsque celui à qui l'on jure nous a lui-même malicieusement jeté dans l'erreur. Car, outre la raison tirée de l'erreur, il y a de plus

(1) De Bello Civili, lib. II, cap. XXXII.
(2) Ibid.

ici, dans la personne de celui qui nous trompe, une incapacité qui le rend indigne d'acquérir quelque droit contre nous.

§. XX. 6°. Mais que dirons-nous des sermens forcés? Je réponds, qu'un serment extorqué par une crainte est nul de lui-même, et qu'il n'oblige en aucune manière. Il y en a plusieurs raisons. La première, c'est que par les principes que nous avons établis ci-dessus, un serment extorqué par une violence injuste n'est pas un véritable serment. Et en effet, on ne saurait dire raisonnablement qu'un homme qui jure à quelqu'un qui lui tient le pistolet à la gorge, ait une intention bien sincère de se soumettre à la justice divine, au cas qu'il n'exécute pas ce qu'il jure d'exécuter.

Une seconde raison de l'invalidité des sermens extorqués est tirée de l'auteur de la violence, qui le rend indigne d'acquérir quelque droit au moyen du brigandage qu'il exerce. Cette raison prend encore une nouvelle force si l'on considère que le serment n'est autre chose qu'un moyen de société, et que par conséquent il y aurait de l'absurdité à l'interpréter de manière qu'il devînt un moyen sûr d'exercer le brigandage avec succès. Grotius à la vérité estime, qu'un serment extorqué est cependant obligatoire, parce que tout serment renfermant une promesse faite à Dieu, il faut le tenir par respect pour cet Être souverain, quoique celui qui nous a contraint de le faire, n'ait aucun droit d'en demander l'exécu-

tion. *Voyez* Grotius, liv. II, chap. XIII, §. XV, n°. 2, et liv. III, chap. XIX, §. II.

Mais à cela l'on peut opposer deux réponses; 1°. Que si l'on examine bien la nature du serment, on verra qu'il ne renferme aucune promesse faite à la divinité; autrement un serment et un vœu seraient une même chose, et Grotius dit lui-même, que *Votum fit Deo, juramentum per Deum.* 2°. D'ailleurs, quand même l'on accorderait qu'il y a dans tout serment une promesse faite à Dieu, le serment forcé ne serait pas pour cela obligatoire. Premièrement, parce que cette prétendue promesse serait forcée et destituée de liberté. En second lieu, parce que nous ne saurions présumer que Dieu pût l'accepter. Et il est bien évident que l'on ne saurait penser que Dieu accepte une telle promesse, sans admettre une chose toute contraire à ses perfections infinies; puisque ce serait ouvertement autoriser le brigandage. Car pour cela, il faudrait que dans l'intention de Dieu, le brigandage, c'est-à-dire, la violation la plus criante des lois naturelles fût un titre légitime pour profiter du bénéfice de ces mêmes lois.

Remarquons enfin que si les promesses forcées faites avec serment étaient obligatoires, un souverain ne pourrait pas en conscience annuller ces sortes de sermens, comme Grotius lui-même reconnaît qu'il le peut, et ainsi que cela se pratique par-tout. Cicéron avait donc raison de dire, que si l'on se dispense de payer à des corsaires ce qu'on leur a promis même avec serment, pour

racheter sa vie, ce n'est point un véritable parjure, parce qu'un corsaire n'étant pas de ceux avec qui l'on est en guerre réglée, mais plutôt l'ennemi commun de tous les hommes, il n'y a ni foi ni serment qui soit valable par rapport à lui. *Ut si prædonibus pactum pro capite pretium non attuleris, nulla fraus est, ne si juratus quidem id non feceris; nam pirata non est perduellium numero definitus, sed communis hostis omnium. Cum hoc nec fides debet nec jusjurandum esse commune* (1).

§. XXI. Nous pouvons conclure de tout ce que nous venons de dire sur la validité des sermens, que le serment n'exclut point les conditions et les restrictions tacites, qui suivent de la nature même de la chose. Si par exemple, l'on a juré à quelqu'un de lui accorder tout ce qu'il demanderait, et que là-dessus il nous demande des choses injustes ou absurdes, on n'est point obligé par un tel serment. *Voyez* St.-Matth. XIV, 6, etc. Car quand on fait une promesse illimitée, on suppose toujours que celui en faveur de qui l'on s'engage, demandera des choses honnêtes, et non des choses injustes ou extravagantes et pernicieuses ou à lui-même ou à d'autres.

[159. C'est ainsi que Nicomachus ayant juré de garder le secret sur une affaire qu'on voulait lui communiquer, dès qu'il apprit qu'il s'agissait d'une conspiration contre la personne d'Alexan-

(1) Cic., de Offic., lib. III, cap. XXIX.

dre le Grand, il protesta qu'il n'avait point donné sa foi pour un parricide, et qu'il ne croyait pas qu'il y eût aucun serment qui l'obligeât à céler un crime si détestable (1). En effet, tout citoyen est tenu de découvrir les entreprises qui se forment ou contre la personne du Prince, ou contre l'État. Xerxès se disposant à une nouvelle expédition contre la Grèce, pria Thémistocle de prendre le gouvernement de ses armées dans cette guerre. Thémistocle y consentit à condition que le Roi lui promettrait avec serment, qu'il n'attaquerait point les Grecs sans lui. Lorsque Xerxès eut juré, et qu'on eut immolé un taureau, selon la coutume, Thémistocle avala une coupe pleine de sang de ce taureau, et expira sur-le-champ. Par ce moyen il détourna le Roi de Perse de son dessein (2). Mais si ce Prince avait eu d'ailleurs de justes raisons de faire la guerre aux Grecs, je ne vois pas qu'un pareil serment d'ailleurs dût l'arrêter, puisqu'il avait supposé sans doute que Thémistocle fût en vie; comme s'il eût dit que tant que Thémistocle vivrait, il n'entreprendrait rien contre les Grecs sans son conseil. De sorte que le serment de Xerxès était annullé par la mort de Thémistocle. D'ailleurs les avantages que Xerxès espérait tirer d'un si grand général étaient le seul motif qui l'engagea à lui faire cette promesse sermentale; mais dès que Thé-

(1) Q. Curtius, lib. VI, cap. VII, nº. 7.
(2) Diod. Sicul., lib. XI, cap. XLVIII.

mistocle par sa mort volontaire les lui refusa, le serment devint par-là même nul.

Les jurisconsultes Romains disent, que si l'on a promis avec serment de comparaître en justice, et qu'on y manque pour quelque raison légitime, on ne se parjure point. *Qui jurato promisit judicio sisti, non videtur pejurasse, si ex concessâ causâ hoc deseruerit* (1)].

§. XXII. On demande, si c'est un effet du serment qu'un héritier soit lié par les sermens de celui à qui il succède? Je réponds, qu'il faut distinguer si la promesse ou la convention à laquelle le serment a été ajouté est réelle ou personnelle. Si elle n'est que personnelle, elle n'oblige en rien l'héritier; mais si elle est réelle, c'est-à-dire, si quelqu'un a acquis par-là un droit sur les biens du défunt, alors l'obligation d'exécuter passe à ses héritiers. Mais l'héritier n'est point lié par le serment du défunt pris en lui-même, et séparément de la promesse ou de la convention même; tellement que s'il n'exécutait pas l'engagement du défunt, il se rendrait bien coupable *d'infidélité*, mais non pas de parjure. La raison en est que le serment, l'acte par lequel on appelle la vengeance divine, est uniquement attaché à la personne de celui qui jure; et par conséquent il ne passe point à l'héritier qui n'a point juré.

[§. 160. Mais lorsque le serment ne donne

(1) Digest. lib. II, tit. VIII, *qui satisdare cogantur*, etc., leg. ult.

pas un droit parfait, et que l'engagement du défunt est uniquement fondé sur un principe de piété, de charité, etc., il est clair que l'héritier peut se dispenser de rien exécuter à cet égard; et suivant les lois civiles il ne sera pas coupable d'infidélité. Je dis *suivant les lois civiles*, qui admettent la division des droits en parfaits et imparfaits; car suivant moi, les lois naturelles ne nous obligeant pas moins rigoureusement aux devoirs imparfaits qu'aux parfaits, l'héritier qui n'exécute pas la promesse faite avec serment par celui dont il recueille la succession, est coupable d'infidélité, suivant les lois naturelles. Par exemple, si on a juré de donner chaque année aux pauvres, pendant dix ans, la somme de cent écus, et que l'on meure avant la fin de ce terme, l'héritier, suivant les lois civiles, n'est pas obligé de continuer cette aumône; mais suivant les lois naturelles, il doit absolument la continuer jusqu'au terme, autrement il est condamné par ces mêmes lois d'infidélité et d'injustice.

Mais si l'héritier manque d'effectuer une promesse et une convention du défunt, faite avec serment, et dont il doit être garant, comme successeur, se rendra-t-il coupable d'un véritable parjure? Je réponds que non. Car le serment proprement ainsi nommé, est uniquement attaché à la personne de celui qui jure. L'héritier n'a pas lui-même pris Dieu à témoin de la vérité de ses promesses; ainsi on ne peut pas dire qu'il l'outrage directement, comme ferait celui qui

jure à faux. Il n'est coupable que d'infidélité, en ce qu'il viole les engagemens où il est entré comme héritier.

Enfin, si le serment a été fait par un peuple entier, l'obligation du serment se perpétuera-t-elle jusqu'à la dernière postérité? Puffendorf soutient la négative (1). « Car, dit-il, l'acte du » serment, et par conséquent son infraction, » sont uniquement l'effet de la volonté parti- » culière de chaque individu, et n'appartiennent » à une personne morale, qu'en tant que les » particuliers dont elle est actuellement com- » posée, y ont eu par eux-mêmes quelque part. » Ainsi un peuple considéré comme une per- » sonne morale, ne saurait proprement se sou- » mettre à la vengeance divine, c'est-à-dire, » jurer; cela ne convient qu'aux particuliers » qui sont membres du corps de l'Etat. »

Mais cette décision ne parait pas exacte. Car d'abord si le serment oblige une personne physique, il doit obliger une personne morale; puisque les membres de la personne morale étant en trop grand nombre, pour avoir la décision de chacun d'eux dans chaque cas particulier, on est convenu par la constitution essentielle, qu'une personne ou plusieurs décideraient sur les affaires de toute la nation en son nom; de façon que comme tous les traités qu'ils font obligent généralement tous les individus de la nation, ainsi

(1) Liv. IV, chap. II, §. XVII.

si ces traités sont confirmés par le serment, je ne vois pas pourquoi ils ne seraient pas obligés à la religion du serment, vu que ce que ceux qui ont en mains les rênes du gouvernement font, ils le font au nom de toute la nation. Et voici sur quoi cela est fondé. Tout corps a droit, aussi bien que chaque particulier, de s'obliger ou par lui-même, ou par la plus grande partie de ses membres. Il peut aussi transférer ce droit à autrui où expressément, ou par une conséquence nécessaire, comme quand il défère la souveraineté à quelqu'un; car en matières de choses morales, par cela même qu'on établit quelqu'un pour une fin, on lui donne pouvoir de faire tout ce qu'il faut pour obtenir cette fin; et dans tout ce qu'il fait, il agit au nom de ceux qui lui en ont donné le pouvoir, et qui sont censés l'avoir fait eux-mêmes, parce que leurs volontés sont moralement contenues dans la volonté de celui ou de ceux à qui ils ont donné le pouvoir d'agir en leur nom et de leur part. Lors donc qu'un peuple viole une promesse ou une convention faite avec un serment, si la promesse ou la convention regarde toute la nation, et qu'elle soit exprimée comme perpétuelle, tout le peuple se parjure. Tout comme un héritier serait parjure s'il ne s'acquittait pas de ce que celui à l'héritage duquel il a été appelé, a promis avec serment pour lui-même, et au nom de son héritier. La décision de Puffendorf tend à mon avis à rendre tous les traités de nation à nation illusoires, quand même ils auraient été confirmés par serment; car

il n'y aurait qu'à substituer de nouveaux magistrats à ceux qui auraient prêté serment, et donner pour cause de l'infraction du serment, que les nouveaux magistrats ne sont pas tenus à effectuer la promesse ou la convention, parce que ce ne sont pas eux qui ont juré. Que dis-je? les Souverains eux-mêmes ne pourraient jamais compter sur leurs propres droits, parce que ce ne sont pas tous leurs sujets en particulier qui leur prêtent serment, ni toutes les générations.

L'on se persuadera encore mieux de la justesse de notre décision, si l'on fait attention à ces promesses faites par un peuple entier, qui donnent à un autre quelque droit à perpétuité; car personne n'oserait dire qu'après la mort ou la démission de ceux qui ont promis ou juré, le droit accordé à perpétuité soit perdu. Au reste la réflexion d'un historien français sur ces sortes de sermens est fort juste. « Il y a, dit-il, lieu de croire, » que les Princes observeront un traité plus religieusement que les républiques. Car la sainteté de la foi donnée, fait plus d'impression » sur celui qui s'engage lui seul et de sa pure autorité, que sur les particuliers d'un corps, dont » chacun n'ayant que peu ou point de part à » l'engagement public, ne se fait pas grand scrupule d'y manquer (1). »]

§. XXIII. Pour ce qui est de la manière dont on peut être absous ou dispensé de l'obligation du serment, voici les principes qu'il faut établir.

(1) Joannes Labardæus, *de rebus Gallicis*, lib. VI.

1°. Toute personne dont les actions et les biens dépendent d'un supérieur, ne peut jamais en disposer au préjudice de l'autorité de ce supérieur, qui par conséquent a droit d'annuller ce qui a été fait contre sa volonté.

2°. Un supérieur peut mettre des bornes comme il le juge à propos aux droits même que ses sujets ont déjà acquis, et à plus forte raison à ceux qu'ils doivent acquérir.

3°. Le pouvoir du Souverain ne peut s'étendre jusqu'à dispenser de tenir un serment véritablement obligatoire, qui n'a en lui-même aucun vice, et qui regarde une chose dont celui qui a juré pouvait disposer à sa fantaisie.

Exemple. Il ne dépendait pas du Sénat romain d'annuller le serment que Régulus avait fait aux Carthaginois de retourner chez eux.

4°. Celui qui n'a aucune autorité, ni sur celui qui a juré, ni sur la personne en faveur de qui l'on a prêté le serment, ne saurait en dispenser ou en absoudre.

On peut juger par ces principes, si c'est avec quelque fondement que l'évêque de Rome s'attribue la pouvoir de dispenser de toutes sortes de sermens, et même du serment de fidélité que les sujets prêtent à leurs Souverains.

[161. Car on ne peut être délié d'un serment que par celui de qui l'on dépend, ou en faveur de qui on a promis et dans les droits duquel ce pouvoir est renfermé. Aussi voyons-nous que les empereurs romains l'exercèrent autrefois. Marc-Antonin et Verus, par exemple, annullèrent le

serment d'un homme, qui ayant juré de *n'entrer jamais dans le conseil,* fut créé depuis Duumvir, ou l'un des deux principaux magistrats de la ville (1); et la raison pourquoi ils usèrent ici de leur autorité, était très-légitime ; car un citoyen pourrait-il, sous prétexte de serment, se dispenser de rendre ses services à l'Etat, qui les lui demande? Un chevalier romain, qui avait juré de ne jamais répudier sa femme, l'ayant ensuite surprise dans un commerce criminel avec son gendre, fut absous par Tibère de ce serment, dont la force ne pouvait pas être étendue jusqu'à mettre un mari dans la dure nécessité de garder une femme coupable d'une si grande infamie.

En effet, non seulement on ne doit pas attribuer au Pape le pouvoir de délier du serment, mais je ne crois pas qu'on doive attribuer ce droit à aucun ecclésiastique. Car ce n'est qu'improprement qu'on se sert des termes de *dispenser*, d'*absoudre*, puisque Dieu lui-même ne saurait ni dispenser ni absoudre proprement d'un vœu, ou d'un serment; car on ne fait ni vœu, ni serment que pour un plus grand bien moral; or il est absurde de se persuader que Dieu veuille dispenser proprement un homme de faire un plus grand bien, qu'il a promis de faire soit à Dieu lui-même par un vœu, soit aux autres par un serment en appelant Dieu à témoin, et en se

(1) Digest., lib. L, tit. I, Ad Municipalem et de incolis, leg. XXXVIII.

soumettant à sa vengeance en cas de violation. Mais ce qu'on exprime par *dispenser, absoudre*, ne veut dire autre chose, que de déclarer que le vœu, ou le serment, ou ont été nuls dans leur origine faute de quelque condition nécessaire à leur validité, ou qu'ils sont devenus nuls par le changement des circonstances de la personne qui a fait vœu, ou qui a juré. Or cette déclaration de nullité du vœu ou du serment, demande une connaissance profonde du Droit, des circonstances de la personne qui a fait vœu ou qui a juré, et surtout un grand bon sens et un jugement exquis, s'agissant d'une matière fort délicate. On ne peut donc attribuer ce pouvoir exclusif aux ecclésiastiques, à moins de ne reconnaître ces qualités comme le partage exclusif de cet ordre : supposition qui ne peut raisonnablement être admise.]

§. XXIV. On peut distinguer diverses sortes de sermens, selon leur différent usage dans la société. 1°. Il y a des sermens que l'on appelle obligatoires (*promissoria*) ; ce sont ceux que l'on ajoute aux promesses et aux conventions, pour les rendre plus inviolables. 2°. Il y a des sermens affirmatifs (*assertoria*), tels sont ceux par lesquels on confirme ce que l'on avance sur un fait, qui n'est d'ailleurs pas bien avéré : tel est le serment des témoins. 3°. Quelquefois aussi une personne qui a quelque différend ou quelque procès, jure elle-même pour le terminer, ou par ordre du juge, ou à la réquisition de l'autre partie. (*Juramentum litis decisorium.*)

[162. Les sermens obligatoires sont fort en usage, et peut-être plus qu'il ne faudrait. Le plus souvent il sont ou injustes ou téméraires. Pour les faire innocemment, il faut savoir avec la dernière certitude, que l'action ou l'omission à laquelle on s'oblige, est permise ou innocente : il faut voir si c'est une chose qui dépende de nous et qui soit en notre pouvoir : il faut examiner si elle ne nous jettera point dans quelque danger tant soit peu considérable d'offenser Dieu et de violer sa loi, et s'il y a nécessité de jurer.

A l'égard des sermens affirmatifs, c'est-à-dire, qui se font pour décider un différend sur lequel il n'y a pas d'autres preuves par lesquelles on puisse le terminer ; celui qui jure, c'est ou la personne même intéressée, ou un tiers. Ceux qui certifient avec serment une action d'autrui, sont appelés *témoins ;* et leur déposition passe avec raison pour être d'un grand poids, lorsqu'il n'y a rien qui la rende vraisemblablement suspecte ; car on ne saurait légitimement présumer qu'un homme de bien et craignant Dieu, veuille, pour l'intérêt d'autrui, s'exposer lui-même à la vengeance divine. Les lois civiles, néanmoins, ont sagement établi de ne pas recevoir sans beaucoup de circonspection, le témoignage d'un homme, sur une affaire de quelqu'autre avec qui il a des liaisons étroites, parce qu'il peut aisément arriver que l'amitié l'emporte sur la conscience (1). Ce

(1) Digest., lib. XXII, tit. V, *de Testibus*, leg. III.

n'est pas non plus sans quelque fondement que les anciens Romains voulaient que les témoins fussent riches, surtout s'il s'agissait d'une affaire de grande importance (1). Enfin, quant à la troisième espèce de serment, il se fait ou par une convention entre les parties, ou par ordre du juge (2). Car quand deux personnes sont en dispute sur quelque chose que l'une prétend lui être due, et qu'il n'y a pas de preuves suffisantes, le demandeur peut déférer le serment à l'autre, avec promesse de se désister de ses prétentions, si celui-ci jure qu'il ne lui doit rien. Que si le défendeur craint de ne pouvoir jurer en conscience, comme, par exemple, s'il s'agit d'une dette d'autrui, dont il est effectivement responsable, supposé qu'elle soit réelle, il peut référer le serment, promettant à son tour, de payer, si l'autre jure que cela lui est bien dû (3). Cet expédient se met en usage ou entre les parties simplement, ou devant les juges ; avec cette différence néanmoins que, hors des tribunaux de justice, on n'est pas tenu de jurer à la réquisition de celui qui défère le serment, et la raison en est, que cela renferme une espèce de transaction, comme disent très-bien les jurisconsultes romains (4) par laquelle on consent de se re-

(1) Digest., *loco citato.*

(2) Digest., lib. XII, tit. II, *de jurejurando. Voyez* aussi Domat, Ire. partie, liv. III, tit. VI, sect. VI.

(3) Digest., Ibid., leg. XXXIV, §. 6, 7, et leg. XXXVIII.

(4) *Jusjurandum speciem transactionis continet.* Digest., Ibid, lib. II.

connaître désormais débiteur de la chose dont il s'agit, si l'on ne veut pas jurer qu'on ne la doit point, ou si celui qui la demande jure lui-même qu'elle lui est due. Or, quiconque n'a pas autorité sur nous, ne saurait légitimement nous contraindre à faire une convention, qui peut nous être onéreuse. Mais lorsqu'une des parties défère le serment à l'autre, en justice, celle-ci ne peut, sans de très-fortes raisons, se dispenser de jurer, ou du moins de référer le serment. En effet, s'il paraît que le procès a été intenté avec quelque fondement, sans que pourtant il y ait des preuves suffisantes; et que dans ce doute, l'une des parties veuille bien s'en remettre à la conscience de l'autre : le juge a raison de tenir pour convaincu celui qui n'ose jurer qu'il ne doit rien, ni exiger de sa partie, qu'elle jure elle-même que ce qu'elle demande, lui est véritablement dû. Le refus ne peut qu'être regardé alors comme une marque assez claire, que le défendeur est persuadé en sa conscience qu'il doit ce qu'on lui demande. Car s'il se fait scrupule de jurer pour peu de chose, il n'a qu'à référer le serment.

On fait une question fort délicate sur cette matière. On demande si l'on peut exiger le serment d'une personne, lorsqu'on a lieu de croire qu'elle jurera faussement. Il ne s'agit pas ici du juge; car les lois veulent qu'il défère le serment en de certaines occasions : c'est à lui de s'y conformer, sans se mettre en peine de la manière en laquelle ceux à qui il ordonne de jurer, pour-

ront le faire. On suppose encore qu'il s'agisse d'un intérêt considérable. Cela étant, je crois que la question est plus curieuse qu'utile. Car on ne peut jamais avoir une entière certitude qu'une personne soit déterminée à se parjurer. Quand même par le passé, elle aurait souvent juré à faux, peut-être qu'elle s'est repentie, et qu'elle craindra, dans l'occasion présente, de commettre encore une fois de propos délibéré cet horrible crime. Que si elle fait mine d'y être toute disposée, on peut croire que c'est afin qu'on ne l'oblige point à jurer. La crainte du scandale que le parjure produirait, n'exige pas indispensablement que l'on perde son bien, sans tenter toutes les voies possibles de se le faire restituer, lorsqu'il s'agit de quelque chose de conséquence, comme nous le supposons ici : outre que le scandale n'est guère moindre, si l'on témoigne la raison pourquoi on ne veut pas faire jurer sa partie. Pour ce qui regarde Dieu, l'outrage qu'on lui fait ne consiste pas tant dans l'acte extérieur, que dans la disposition intérieure, qui supposée pleine et entière, est réputée par conséquent devant lui pour l'effet.

Lorsque les autres preuves ne suffisent pas, le juge peut quelquefois déférer le serment à une partie, sans que l'autre le demande (1) : et cela soit pour faire acquérir quelque droit à l'un des

---

(1) In bonæ fidei contractibus, nec non in ceteris causis, inopia probationum, per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet. Cod., lib. IV, tit. I, *de Rebus creditis et jurejurando*, leg. III.

deux, soit pour lui donner lieu de se purger des soupçons de quelque fait dont on la charge. Mais en ce cas, on n'exige pas le serment, lorsque celui qui jurerait, ne pourrait avouer la vérité sans s'exposer à la peine de mort, ou à quelque autre chose de fort grave ; car outre qu'il faudrait être bien dur pour mettre une personne, sur de simples soupçons d'un fait douteux, dans la triste nécessité, ou de faire une grande brèche à sa conscience, ou de s'attirer un mal très-considérable, on ne doit guère ajouter foi à de tels sermens, parce que les hommes sont fort enclins à se flatter d'appaiser d'une manière ou d'une autre la divinité. « Dans la prospérité, dit très- » bien Libanius, et lorsqu'on n'a rien à craindre, » on se fait scrupule de se parjurer, n'y ayant » rien alors qui nous mette dans une espèce de » nécessité de commettre de méchantes actions. » Mais lorsque toutes nos affaires sont désespé- » rées, et qu'il ne reste plus qu'un seul expé- » dient, qu'on ne saurait mettre en usage sans » mentir, et sans tromper, on se résout pour » éviter le mal présent, que l'on voit être iné- » vitable, à courir le risque de l'autre sur lequel » on se fait souvent mille illusions ; car on se » flatte qu'à force de sacrifices, de dévotions, » de vœux, d'offrandes magnifiques, on pourra » obtenir de Dieu le pardon de ses crimes. Outre » que, comme la punition du parjure paraît » éloignée, au lieu que l'autre mal se montre » tout prêt à fondre sur nous, on juge celui-ci

» plus grand que le premier, à cause de sa pro-
» ximité (1) ».]

§. XXV. Il est aisé de comprendre par ce que l'on a dit jusqu'ici de la nature et de l'usage du serment, quels sont les devoirs des hommes à cet égard.

1°. Et premièrement, il ne faut jamais prêter de serment qu'avec une grande circonspection, et avec une attention toute particulière à la sainteté de cet acte, et au respect qu'il exige.

2°. Il ne faut jamais jurer témérairement et sans nécessité : car comme le serment est le lien le plus sacré et le plus respectable, il ne faut l'employer que dans les affaires de la dernière importance, ou dans les cas de nécessité.

3°. A plus forte raison la loi naturelle condamne-t-elle le mauvais usage que plusieurs font du serment, en le faisant intervenir à tout propos dans les discours ordinaires.

4°. En particulier, l'usage ordinaire du serment ne convient point aux princes. Car, premièrement, il n'y a personne qui ait plus d'intérêt qu'eux, que l'on regarde leur simple parole comme sacrée et inviolable ; et d'ailleurs, il est au-dessous de leur caractère et de leur haut rang, de rien faire qui suppose qu'on puisse seulement les soupçonner de mensonge, de fraude ou de perfidie.

5°. Il ne faut jamais jurer que par le nom de Dieu.

(1) Declamat. III.

6°. Il faut inviolablement dire la vérité en jurant, et tenir toutes les promesses et les conventions faites avec serment.

7°. Enfin, il ne faut pas abuser du serment, pour intimider les consciences faibles et timorées.

CHAPITRE VII.

Du Droit que les hommes ont naturellement sur les choses ou les biens du monde.

§. I. L'établissement de la propriété des biens est un fait humain de la dernière conséquence par rapport à la société, puisque c'est là-dessus que roulent la plupart des affaires que les hommes ont ensemble dans le commerce de la vie. Voyons donc ce que la loi naturelle nous apprend sur cette matière également importante et curieuse. Et pour donner quelque ordre à nos remarques, nous ferons quatre choses. 1°. Nous traiterons du droit que les hommes ont par la nature sur les choses ou sur les biens du monde. 2°. De l'origine et de la nature de la propriété. 3°. Des différentes manières de l'acquérir. 4°. Enfin, des devoirs des hommes à l'égard de la propriété des biens.

§. II. Telle est la constitution du corps humain, que l'homme a besoin de plusieurs choses extérieures pour sa nourriture, pour l'entretien de ses forces et de sa santé, et pour se rendre la vie

plus commode et plus douce ; de sorte que les biens sont, pour ainsi-dire, l'âme des pauvres mortels, comme le remarque un ancien poète grec (1) : d'où on peut conclure surement que l'homme a un droit naturel de se servir des choses qui lui sont nécessaires pour sa conservation, et pour un plaisir et un agrément raisonnable, et que la nature lui présente de tous côtés. Et en effet, rien n'est plus conforme à la droite raison, et à l'intention du Créateur. Car, puisque c'est de Dieu que nous tenons la vie, peut-on douter qu'il ne nous ait accordé l'usage de toutes les choses, sans lesquelles ce présent de sa libéralité infinie ne saurait être conservé ?

Aussi voyons-nous que la nature attentive à nos besoins, nous ouvre ses trésors avec tant de profusion, qu'il est aisé de reconnaître dans les choses qui sortent de son sein, que ce sont de véritables dons, répandus avec intention, et non pas des productions fortuites de sa fécondité. Il faut comprendre dans ses libéralités, non-seulement les légumes et les fruits que la terre nous présente, mais encore les bêtes, dont il est évident que les unes sont faites pour la commodité de l'homme, les autres pour lui fournir leurs dépouilles, les autres enfin, pour lui servir d'alimens. *Itaque ad hominum commoditates et usus tantam rerum ubertatem natura largita est, ut ea quæ gignuntur donata consultò nobis,*

(1) Hesiod. Oper. et Dier., vers. 686.

non fortuitò nata videantur ; nec solùm ea quæ frugibus atque baccis terræ fætu profunduntur, sed etiam pecudes, quod perspicuum sit, partim esse ad usum hominum, partim ad fructum, partim ad vescendum procreatas. Cicero de legib., cap. VIII.

§. III. Comme la nature humaine est la même dans tous les hommes, qu'ils ont tous les mêmes besoins, ce droit naturel qu'ils ont de se servir des choses que la terre leur présente, à le considérer originairement et en lui-même, leur appartient à tous également.

[163. Ajoutons encore que le droit que les hommes ont sur les biens du monde, est une suite nécessaire de la loi qui leur a été imposée de la conservation : car l'exécution en serait impossible naturellement sans ce droit. Or, comme la loi de la conservation est générale, il s'ensuit que le droit de l'usage des biens de la terre l'est aussi.]

§. IV. Les hommes exercent ce droit ou sur les végétaux ou sur les animaux. A l'égard des végétaux et des autres choses destituées de sentiment, il n'y a nulle difficulté, les hommes peuvent, sans contredit, en disposer à leur gré.

[164. Car outre que la plupart de ces choses ne seraient pas venues en nature sans le travail et l'industrie des hommes, on ne saurait s'imaginer avec la moindre apparence de raison, qu'en les consumant, on leur cause aucune douleur, ou aucun dommage; et d'ailleurs, elles n'auraient pas laissé d'être détruites sans cela ou par les

bêtes, ou par le retour de la saison peu favorable à la conservation des végétaux ; ajoutons encore que lorsque les fruits de la terre sont parvenus à leur maturité, ils périssent : ainsi la nature les aurait produits à pure perte.]

§. V. Mais pour les animaux qui sont des êtres doués de sentiment et auxquels on cause de la douleur quand on les tue, il semble d'abord qu'il y ait quelque cruauté à le faire. Cependant si l'on examine la chose de plus près, on reconnaîtra aisément, que l'homme peut, innocemment, tuer les animaux, et s'en servir pour son usage. 1°. Et premièrement, il paraît d'abord que c'est le sort auquel les bêtes sont soumises, par la volonté même du Créateur, et que par conséquent les hommes ne leur font aucun tort d'user de ce droit. 2°. Il n'y a proprement aucune société entre l'homme et la bête, puisqu'il n'y a ni une raison commune, ni un langage commun. S'il n'y a entre eux nulle société, il ne peut y avoir naturellement aucun droit, ni aucune obligation ; et ce défaut de droit commun, fait qu'il ne saurait non plus y avoir entre eux aucune injustice. Car l'injustice consiste dans la violation du Droit.

[165. Cet argument me semble entièrement faux. Il suppose qu'on peut enpêcher les créatures de jouir de leurs droits, par cela seul que ces droits ne sont pas communs. Ne suffit-il pas d'avoir un droit, comme surement les bêtes l'ont de vivre, pour que tout être soit tenu de le respecter? Enfin si, faute de droit commun, nous

pouvons tuer les bêtes, pourquoi les bêtes, par la même raison, ne pourraient-elles pas nous tuer à leur tour? En effet, s'il est vrai, (ce que Puffendorf, qui fait un grand cas de cet argument, ajoute (1),) que « ce défaut de droit commun pro» duit une espèce d'état de guerre, en vertu du» quel, lorsqu'on peut se faire du mal récipro» quement, et que l'un des ennemis craint avec » quelque apparence que l'autre n'en ait la vo» lonté, il peut le traiter comme il le juge à pro» pos; » il semble que le droit de se tuer est réciproque entre les hommes et les bêtes. Ce qui est bien absurde. « Cet état de guerre, continue» t-il, paraît manifestement dans les bêtes fé» roces, qui se jettent sur les hommes et les » déchirent toutes les fois que l'occasion s'en » présente. » Mais pour quelques bêtes féroces, qui n'étant pas accoutumées à voir les hommes, lorsqu'elles les rencontrent, les regardant comme des ennemis, se jettent sur eux, dirons-nous que c'est-là le penchant universel de toutes les espèces d'animaux : ce qui devrait être en effet, si ce prétendu état de guerre avait lieu? Combien de nations barbares, qui se jettent sur les étrangers qui voyagent sans escorte chez elles, sans cependant être avec elles dans un état de guerre? Je crois donc que tout ce que l'on peut dire pour prouver le droit des hommes sur les animaux, est fondé sur la volonté du Créateur qui les a destinés

(1) Lib. IV, chap. III, §. V.

à l'usage des hommes. Nous tâcherons de développer l'économie divine à cet égard dans le paragraphe suivant.]

3°. Enfin, on peut assurer qu'il est absolument nécessaire que l'on tue les animaux ; car il est certain que si l'on ne tuait point de bêtes, elles se multiplieraient à tel point que leur nombre deviendrait funeste aux hommes ; soit par rapport à leurs personnes, soit par rapport aux fruits de la terre, comme l'on peut s'en assurer par l'expérience. Voyez *Exode, chap. XXIII, vers.* 29; *Deut. VII*, 22; *Gassendi Synt. Ph. Epic., part. III, cap.* 27.

[166. Il faut cependant avouer que ce droit des hommes sur la vie des animaux n'est pas sans quelque difficulté, quand on le considère suivant le Droit naturel. Et même il ne paraît pas qu'avant le Déluge Dieu ait donné aux hommes la permission de manger de ce qui a vie et qui se meut. Au chap. I, v. 29, de la Genèse, Dieu parle seulement des herbages et des fruits lorsqu'il assigne la nourriture de l'homme. Car en donnant au premier homme l'empire ou la domination sur les bêtes, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il lui ait accordé sur elles un pouvoir illimité et le droit de les tuer. L'homme domine aussi quelquefois sur ses semblables : il ne peut pourtant jamais exercer sur eux un pouvoir si absolu. D'ailleurs n'est-ce pas assez dominer sur elles que d'en retirer tant de services pour nos besoins et pour nos aisances ; tant de revenus, comme du lait, et des œufs, qui au reste suffi-

raient très-bien pour nous faire subsister? Il est cependant probable que les habitants du premier monde ne s'en tinrent pas aux légumes et aux végétaux lorsqu'ils se furent corrompus. Mais après le déluge Dieu accorda à Noé et à sa postérité la permission formelle de se nourrir de la chair des animaux auxquels il donna un nouveau degré de vertu multiplicative ; « Que toutes les » bêtes de la terre, dit Moyse, *Gen. IX*, 2, 3, » 4, tous les oiseaux des cieux, avec tout ce qui » se meut sur la terre, et tous les poissons de la » mer, vous craignent et vous redoutent, ils sont » mis entre vos mains. Tout ce qui se meut et » qui a vie vous sera pour viande, je vous ai » donné toutes ces choses comme l'herbe verte. » Toutefois vous ne mangerez point de chair » avec son ame, c'est-à-dire, son sang. »

Quoiqu'il en soit, il est très-injuste de chercher à se procurer à soi-même un plaisir entièrement superflu, en ôtant à une pauvre bête, qui ne nous fait aucun mal, la vie qu'elle tient du Créateur commun. Dire, comme notre auteur fait d'après Puffendorf, que nous pouvons leur ôter la vie, parce qu'elles n'ont pas de droit commun avec nous, c'est se contenter de mots ; car il est toujours vrai que les bêtes, par des lois naturelles qui leur sont propres, sont obligées à celles de la conservation, et peuvent très-bien repousser la force d'un injuste agresseur par la force : or, l'homme en attaquant leur vie, est-il un injuste agresseur, ou non? C'est précisément

la question dont il s'agit; car s'il n'a pas le droit sur leur vie, il est un agresseur injuste.

Enfin, nous ne sommes pas portés par la nature à nous nourrir de chair d'animaux; on voit que les enfants qui suivent uniquement les impressions naturelles, aiment mieux les fruits que la chair; et d'ailleurs quelle nécessité en avons-nous, pendant que la terre nous fournit une nourriture végétale suffisante et bien plus saine? Il semble donc que le prétendu droit sur la vie des animaux, n'est qu'une corruption de la nature humaine qui a porté les hommes à cet appétit dépravé qui tend à la destruction des ouvrages de Dieu, et accoutume les hommes insensiblement à la cruauté.

Pour faire tomber toutes ces difficultés et d'autres encore que l'on fait contre la destruction des animaux, il nous suffira de faire voir que Dieu a voulu que les hommes usassent de leur chair; et pour découvrir cette volonté divine, nous n'avons qu'à examiner la chose de près, et nous verrons que ce qui paraît une destruction des ouvrages de Dieu, est au contraire une industrie admirable pour les conserver et pour les perpétuer, tant il est vrai que les idées divines sont plus élevées au-dessus des idées humaines, que le ciel ne l'est au-dessus de la terre! Dieu a voulu que ses ouvrages, bien plus accomplis que les nôtres, eussent la faculté de se perpétuer à jamais par de nouveaux individus, qui, se succédant les uns aux autres, en conservassent sans fin les espèces. Dans ce but il leur a donné la fa-

culté de se reproduire de plus en plus et à l'infini : en sorte que si quelqu'une vient à manquer dans quelque coin de la terre, ou si les individus y deviennent rares, par quelque cause externe, cette faculté remet bientôt les choses dans leur premier état. Mais si une de ces espèces se multipliait de plus en plus à l'infini, il est évident que la nourriture et l'habitation manqueraient peu-à-peu à toutes les autres, et à la fin même à celle-ci, la nourriture et l'habitation n'étant pas infinies. Si les lapins, par exemple, multipliaient à l'infini, il est certain que la nourriture manquerait peu-à-peu à toutes les autres espèces, et à la fin à celle-ci même. Tout le monde sait l'histoire des habitants des îles Baléares, qui demandèrent main-forte à l'empereur Auguste contre ces animaux, dont le nombre s'était si prodieusement augmenté qu'ils avaient coupé les vivres aux autres espèces, et surtout à l'homme. La même chose se passe encore de tous côtés sous nos yeux : et ceux qui sont voisins des forêts où l'on ne chasse pas assez les bêtes fauves, n'auront pas de peine à comprendre ce que nous disons ici, que la trop grande multiplication d'une espèce nuit nécessairement aux autres.

Il a donc fallu que la Providence donnât ses ordres pour contenir toutes les espèces dans un nombre proportionnel d'individus, afin que par cette proportion chaque espèce eût sa subsistance. Or Dieu a établi l'homme pour être son lieutenant de police à cet égard sur la terre, et il lui a donné les autres animaux pour ses substituts.

Les uns et les autres, sans le savoir, sans le vouloir, et en ne cherchant qu'à contenter leur appétit ou leur haine, et à satisfaire leurs besoins, exécutent les ordres de la Providence, et tendent à sa fin toute différente de la leur. On vient de voir en général la nécessité de cette police à l'égard des lapins et des bêtes fauves : mais il faut entrer dans le détail, et faire voir qu'il en est de toutes les espèces, et de l'homme même, comme de celles-ci.

Si l'homme et les animaux carnassiers ne contenaient pas l'espèce des moutons à un nombre d'individus suffisant pour notre usage, et qu'ils n'en détruisissent pas le nombre excédant, en sorte que ces animaux ne mourussent que de vieillesse ou de maladie, tous les bergers assurent que ces animaux multiplieraient de plus en plus jusqu'à l'infini. Il arriverait alors de deux choses l'une, ou que les pâturages n'étant pas multipliés à proportion de la multiplication des moutons, tout ce qui viendrait au-delà du nombre proportionnel aux pâturages, périrait : ou si les pâturages étaient multipliés de plus en plus proportionnellement à l'augmentation des moutons, et multipliés seulement pour eux, toutes les autres espèces, y compris les hommes, mourraient de faim. Le sage auteur de la nature a pourvu à ces inconvéniens : il a donné à l'homme et aux autres animaux carnassiers, un estomac qui appette la chair des moutons, et qui est propre à la digérer. L'homme donc et les animaux, en même temps qu'ils cherchent à satisfaire aveuglément leurs be-

soins, remplissent les desseins éclairés de la divine Providence : ils détruisent l'excédant des moutons, et en contiennent ainsi, sans le savoir, l'espèce dans la quantité d'individus qu'il faut pour que les autres espèces aient leur nourriture. Ce que je dis des moutons, je le dis aussi des bœufs, des lapins domestiques, des porcs, des chevaux, etc. Le peuple de Rome, se plaignant un jour de la cherté des vivres, l'empereur Alexandre Sevère fit demander quelle sorte de choses on trouvait les plus chères? La chair de bœuf, et la chair de pourceau, s'écrièrent-ils tous aussitôt. Sevère n'en rabaissa pas pourtant le prix; mais il défendit de tuer ni truies, ni cochons de lait, ni vaches, ni génisses. Au bout seulement de deux ans, ou environ, il y eut une si grande abondance de ces sortes de viande, que la livre pesant s'en vendait trois fois moins qu'auparavant (1). Or, qu'arriverait-il si une pareille défense subsistait plusieurs siècles? Quant aux chevaux, la guerre et le travail excessif sont pour cette espèce ce que le couteau du boucher est pour les autres.

Disons des poules, des canards, des dindons, des oies et des autres animaux domestiques, bons à la nourriture des hommes, ce que nous avons dit des moutons. Il en est des animaux domestiques que l'homme ne peut manger, comme de ceux que son estomac appette. Si l'homme et les

---

(1) Lamprid. in Sever., cap. XXII.

autres animaux ne contenaient ces espèces dans leur nombre proportionnel d'individus, bientôt elles couperaient les vivres aux autres, et enfin elles s'affameraient elles-mêmes. Si l'homme, aidé par les chats, n'empêchait les rats et les souris de se multiplier de plus en plus, d'abord ils ne laisseraient rien à manger aux chiens et aux chats, et à la fin aux hommes mêmes : ils rongeraient leurs meubles, et leurs habits : certaines espèces qu'on nous a apportées d'Amérique, trouveraient moyen de miner et d'abattre nos maisons. Il faut donc convenir qu'il nous est permis de nous défendre de ces ennemis, et de les tenir au plus petit nombre possible d'individus.

Si l'homme n'empêchait la trop grande multiplication des chiens, soit en détruisant leur nombre superflu, soit en ôtant à plusieurs la faculté de multiplier, bientôt il ne resterait plus rien pour les chats, ni pour les hommes mêmes, ni à la fin pour leur nombre, qui excéderait la nourriture existante. C'est donc un effet de la sage Providence que l'homme sans dessein formel, contienne cette espèce dans son nombre proportionnel d'individus. Il est inutile de parler des loups, des ours, des tigres, des lions, etc. Tout le monde voit assez la nécessité qu'il y a de contenir ces espèces dans la plus petite quantité possible d'individus.

Il paraît clairement par ce détail, trop long peut-être pour la nature de l'ouvrage, que ce n'est pas une cruauté, ni une injustice de tuer les animaux pour manger leur chair; que c'est

au contraire une disposition très-sage de la Providence, par laquelle l'homme en suivant son appétit, est un instrument aveugle dans la main de Dieu pour perpétuer son espèce propre, et toutes les autres, même celles dont il détruit les individus. Et c'est assez pour connaître que la volonté de Dieu est que les hommes aient droit sur la vie des animaux, et qu'ils s'en servent pour leur usage, et pour leur nourriture.]

§. VI. Mais quoique l'homme puisse innocemment, et conformément aux vues de Dieu, tuer les animaux et s'en servir, il doit pourtant garder en cela quelques ménagemens nécessaires. Premièrement nous ne devons user de ce droit que nous avons sur les animaux qu'avec une sage modération, dans les termes de nos besoins et d'un agrément raisonnable, évitant d'ailleurs toute espèce de cruauté. Car on ne saurait douter que l'abus du pouvoir qu'on a sur les bêtes, et principalement s'il se trouve accompagné d'une cruauté insensée, ne soit très-condamnable.

[167. Les Athéniens punissaient ceux qui avaient écorché tout vif un bélier (1). C'est apparemment ce que voulait dire Marc Antonin, dans ce beau passage de ses *Réflexions* : « Sers-» toi de tous les animaux, et en général de toutes » les autres choses ; sers-t-en, dis-je, noblement » et librement, comme un homme qui a de la

(1) Plutarch., Orat. I, *de Esu carnium*.

» raison, doit se servir de ce qui n'en a point.
» Mais pour les hommes, sers-t-en selon les lois
» de la société, comme on doit se servir des êtres
» raisonnables (1).]

Cette modération est d'autant plus nécessaire, que l'on a remarqué dans tous les temps, que le plaisir cruel de maltraiter et de faire souffrir les animaux sans nécessité, accoutumait insensiblement les hommes à la cruauté envers leurs semblables.

[168. Les disciples de Pythagore en traitant doucement les bêtes, s'accoutumaient à aimer les hommes, et à avoir pour eux des sentimens de compassion (2). Moïse défend *Deut. XX.* v. 4, d'emmuseler le bœuf qui foule le grain, et Salomon, *Prov. XII.* 10, dit que le juste a égard à la vie de sa bête, mais que les compassions des méchants sont cruelles.]

Enfin, il faut surtout prendre garde de ne pas exercer le droit que l'on a sur les animaux d'une manière qui tourne au préjudice des autres hommes. Il y a, par exemple, une souveraine injustice à ravager sans scrupule les campagnes et les fruits de la terre pour chasser plus agréablement.

[169. Car il est de l'intérêt des sociétés civiles que les citoyens ne fassent pas un mauvais usage de leur bien; de même lorsqu'on tue les bêtes

(1) Lib. VI, cap. XXIII.
(2) Porphyrius, *de abstinentiâ*, lib. III, cap. XX.

sans la moindre nécessité et par pur caprice, on cause en quelque façon du dommage à toute la société humaine, et l'on outrage en même temps le Créateur, à la libéralité de qui on est redevable d'une faveur aussi considérable, que le droit que l'on a sur les autres créatures. Un philosophe Chinois donnait pour maxime « Qu'un » roi ne doit permettre de pêcher qu'avec des » filets à grande maille, afin qu'en ne prenant » ainsi que de gros poissons, et laissant échapper » les petits, il y en ait toujours assez pour les » besoins de tout le monde.... ce qui a fait in» troduire parmi les Chinois la coutume de ne » tuer aucune bête, qui ne soit venue aussi » grosse que le doivent être naturellement celles » de son espèce (1). » Et un ancien poëte dit, que « Quand on prend les oiseaux d'un nid, il » faut lâcher la mère, afin qu'elle couve d'autres » petits (2). » C'est aussi le précepte de Moïse, *Deut. XXII*, 6. 7. « Quand tu rencontreras dans » un chemin, sur quelque arbre ou sur la terre » un nid d'oiseau, ayant des petits ou des œufs, » et la mère couvrant les petits ou les œufs, tu » ne prendras point la mère avec les petits. Mais » tu ne manqueras pas de laisser aller la mère » et tu prendras les petits pour toi, afin que tu » vives et que tu prolonges tes jours. »]

Tel est donc le droit primitif et originaire que

(1) Mentius apud Martinium. *Hist. Sinicæ*, lib. V.
(2) Phocylid., vers. 80, 81.

les hommes ont sur les biens du monde. Voyons à présent comment ce droit général et indéterminé a produit insensiblement la propriété.

CHAPITRE VIII.

De l'Origine et de la Nature de la propriété.

§. I. L'homme peut faire usage du droit qu'il a de se servir des biens de la terre en deux manières; ou en telle sorte qu'il s'attribue à lui seul une chose à l'exclusion de tout autre; ou de façon que les autres puissent s'en servir conjointement avec lui. Delà la propriété et la communauté. Le domaine ou la propriété est un droit en vertu duquel une chose nous appartient de telle sorte que nous pouvons nous en servir et en disposer comme il nous plait et à l'exclusion de tout autre.

§. II. Pour la communauté, c'est ce droit par lequel une chose appartient également à plusieurs, et à l'exclusion de tous les autres. On prend quelquefois le terme de communauté dans un autre sens, c'est-à-dire, pour ce droit primitif et indéterminé que tous les hommes ont originairement de se servir des biens que la terre leur présente, tant que personne ne s'en est encore emparé.

[170. Puffendorf en parlant de la communauté, prend ce terme suivant la première signification, pour la *communauté positive*; et *la communauté négative* est celle qu'on vient d'ex-

pliquer en second lieu. Les choses qui appartiennent à la communauté négative, sont censées n'être à personne dans un sens négatif plutôt que dans un sens privatif, c'est-à-dire qu'elles n'ont encore été assignées en propre à qui que ce soit, et non pas qu'elles ne puissent l'être jamais; on dit encore qu'elles sont à tout venant, ou au premier occupant (1). Mais les choses communes en un sens positif ne diffèrent des propres, qu'en ce que celles-ci appartiennent à une seule personne, au lieu que les premières appartiennent également à plusieurs.]

C'est de ces différents droits que vient la distinction que font les jurisconsultes des choses qui en sont l'objet, en *propres*, *communes*, *et celles qui ne sont à personne*, mais qui peuvent appartenir au premier occupant.

§. III. Il suit de ce que l'on vient de dire, 1°. que la propriété et la communauté ne sont pas des qualités physiques, inhérentes à la substance même des choses, mais que ce sont des qualités morales, qui tirent leur origine de l'institution humaine. En un mot, ce sont différents droits qui appartiennent aux hommes, et qui produisant des obligations qui leur répondent, ont leur effet par rapport à autrui; 2°. la propriété et la communauté supposent aussi la société; 3°. enfin la propriété suppose encore quelque fait humain, en vertu duquel les choses,

---

(1) Res in medio quibusvis exposita.

qui auparavant n'étaient à personne, sont ensuite devenues propres à quelqu'un en particulier.

§. IV. Or ce fait humain qui a produit la propriété, n'est autre chose que la prise de possession. (*Occupatio.*) La prise de possession est cet acte par lequel on s'empare d'une chose qui n'est encore à personne, dans le dessein d'en acquérir la propriété. *Occupatio est rei, quæ nullius est, animo eam sibi habendi, facta adprehensio.*

Pour comprendre comment la prise de possession a pu produire la propriété, il faut d'abord remarquer que Dieu ayant destiné les biens de la terre aux besoins et aux commodités des hommes, tous les hommes en vertu de cette destination du créateur ont naturellement le droit de se servir de ces biens, de la manière qu'ils le jugent à propos en suivant les règles de la prudence et de la sociabilité.

§. V. Cela supposé, il s'ensuit nécessairement qu'aussitôt que quelqu'un s'est emparé d'une chose, qui n'était encore à personne, dans l'intention de se l'approprier pour la faire servir à ses besoins, il acquiert par cela même, un droit exclusif sur cette chose, et qu'aucun autre ne peut, dans la suite, l'en déposséder ou s'en servir malgré lui, sans injustice. C'est là un effet naturel de l'intention du Créateur. La prise de possession est une espèce d'acceptation de la destination que Dieu a faite des biens de la terre aux hommes. Il n'en faut donc pas davantage pour produire un droit de propriété, et pour

mettre tous les autres hommes dans l'obligation de respecter ce droit.

Puffendorf (1) explique la chose un peu autrement, et il suppose que la prise de possession ne produit la propriété qu'au moyen de quelque convention, ou expresse ou tacite, là-dessus. Il fonde son sentiment sur ce que tous les hommes ayant originairement un Droit égal sur toutes choses, il faut de nécessité une convention, une espèce de renonciation à ce droit commun, afin qu'une chose puisse appartenir à quelqu'un exclusivement à tout autre.

[171. Grotius (2) est du même avis, de même que plusieurs autres jurisconsultes. Je trouve au reste que la raison alléguée par Puffendorf est sans réplique. Car, autrement, la propriété des biens n'aurait jamais pu s'introduire. En effet, tant que la communauté négative subsistait, un homme n'était pas le maître de s'emparer d'un bien qui appartenait aux autres tout comme à lui. Et quel droit aurait-il eu, le lendemain, d'en exclure celui qui venait pour y ramasser sa subsistance ? Le jour auparavant, il jouissait du Droit que le Créateur lui avait accordé, Droit que personne ne pouvait lui contester ; aujourd'hui il se trouve déchu de ce Droit : et pourquoi ? Parce qu'un autre s'en est emparé : par quel Droit ? Parce qu'il l'a occupé, c'est-à-dire, parce

(1) Liv. IV, chap. IV, §. IV.
(2) Liv. II, chap. II, §. II, n°. 10.

qu'il s'en est emparé. Ainsi, dire qu'on acquiert le Droit de propriété d'une chose parce qu'on l'occupe, c'est la même chose dans le fond, que dire qu'on acquiert le Droit d'une chose, parce qu'on s'en empare. Répondre, qu'on s'en empare parce qu'elle n'est à personne, c'est ne faire point de cas de la communauté primitive, quoique négative. Il est vrai que les fonds, dans cette communauté, n'appartenaient à personne en particulier; mais l'usufruit appartenait également et à ceux qu'on en veut exclure, et à celui qui s'en est emparé; or, dès qu'on s'approprie le fond, on en refuse l'usufruit: ce qui demande nécessairement une convention ou expresse ou au moins tacite. L'Ecriture Sainte nous en fournit plusieurs exemples. Mais rien ne sera plus capable de nous faire sentir la vérité de cette opinion, que la faiblesse des raisons dont notre auteur, d'après Barbeyrac (1), Locke (2) et autres, fait usage par soutenir la sienne. Les voici.]

§. VI. Mais ce que l'on a dit suffit pour faire voir que cette convention n'est point nécessaire. Car, 1°. la seule intention de Dieu, la destination qu'il fait des biens de la terre aux hommes, et l'acceptation des hommes, suffisent certainement pour établir la propriété.

[172. Si l'intention de Dieu et la destination qu'il fait des biens de la terre aux hommes, suffi-

---

(1) Dans les notes au chap. cité de Puffendorf.
(2) Du Gouvernement civil, chap. IV.

saient pour établir la propriété, elle ne serait pas un fait humain, mais un état naturel. Car l'homme trouverait tout cela en sortant des mains de la nature, sans qu'il y eût la moindre part. Qu'on ne me dise pas que l'homme a quelque part à cet établissement, à cause de son acceptation : car l'acceptation des biens de la terre, est une suite de la loi de la conservation, et par conséquent nécessaire : mais tout fait humain, tout état accessoire, tel que celui de la propriété, doit être libre. Or tout le monde convient que la propriété est un état accessoire, et par conséquent libre. Ajoutez que si l'intention de Dieu, la destination qu'il fait des biens de la terre, et l'acceptation des hommes suffisaient pour établir la propriété, l'occupation serait inutile : cependant BURLAMAQUI demande la prise de possession pour titre de propriété. Il est vrai que l'intention de Dieu, et la disposition qu'il a faite des biens de la terre, est que les hommes s'en servissent pour leur nourriture et pour leur conservation, et que l'homme a accepté cet usage ; mais on ne voit pas encore par tout cela pourquoi un homme doit s'emparer d'une partie à l'exclusion d'un autre ; tout cela pouvant très-bien avoir lieu dans la communauté primitive.

Dieu donc a destiné les biens de la terre pour l'usage des hommes, laissant à leur prudence et aux lumières d'une raison éclairée, à voir qu'elles mesures il fallait prendre pour empêcher que l'usage de ce droit commun, ne produisît la discorde parmi eux. En effet, Dieu n'a point

prescrit une certaine manière de posséder les biens du monde, à laquelle tous les hommes soient tenus de se conformer : ce sont les hommes eux-mêmes, qui ont réglé cela, selon que le repos et l'avantage de la société le demandaient. Or comment auraient-ils pu parvenir à ce but salutaire, sans convention, et par une simple prise de possession?]

2°. Une convention, un consentement de tous ceux qui ont droit de se servir d'une chose, est moralement impossible.

[173. Il n'est pas non plus nécessaire. Car le but du Créateur en destinant les biens de la terre aux hommes, a été de leur fournir la subsistance : mais les hommes devaient chercher leur nourriture dans leurs endroits de naissance, pendant que ces endroits pouvaient la leur fournir. Ainsi il aurait été absurde, que dans la communauté primitive, un Asiatique, par pur caprice, et pour faire usage du Droit de communauté primitive, fût venu en Europe pour se nourrir et enlever les fruits que la terre produisait pour les Européens ; je dis qu'en ce cas là, les Européens sachant que l'Asie pouvait en fournir assez à ce vagabond, auraient pu le chasser du milieu d'eux, malgré le Droit de communauté. Ainsi, le consentement sur lequel je crois fondé le Droit de propriété a été celui des membres à l'égard de la même famille, celui des familles à l'égard d'un hameau ; et c'est la conservation de ce Droit de partage, que les familles auraient fait des terres qui étaient à leur bienséance, qui donna

l'idée à ces mêmes familles de s'allier pour leur défense commune, et d'établir la société civile. L'exemple qu'on pourrait apporter des Européens qui se sont emparé de très-vastes contrées dans les autres parties de la terre, simplement par la prise de possession, et que cette propriété a été jugée valable par les puissances respectives de l'Europe, fait un cas différent. Car outre que ces établissemens sont censés appartenir à ceux qui en ont pris possession les premiers, plutôt par la loi du plus fort que par la prise de possession, comme l'histoire de ces conquêtes nous en instruit assez; une bonne partie de ces contrées dont les Européens se sont emparés, étaient des terres incultes, entièrement abandonnées, et inutiles à la nourriture du peu d'habitans des pays conquis. On pouvait donc regarder ces contrées désertes et abandonnées, comme des biens qui étaient même hors de la communauté négative, puisqu'elles étaient privées d'habitants qui pussent y avoir un Droit commun.

Ce consentement des membres d'une famille, ou des familles d'un hameau, était souvent exprès, en suite d'un arrangement pris ensemble; ou tacite, principalement fondé sur la culture des terres. Une famille accoutumée à tirer sa nourriture d'un certain quartier, et ayant remarqué que la culture lui en fournissait de la meilleure et en plus grande abondance, aidait la nature par l'art, le travail et l'industrie; ce qui lui donnait un droit particulier sur le produit de cette terre; et cette même permission

de cultiver une partie de la terre qui avoisinait le hameau, était un consentement tacite de la part des autres familles, qui sentaient très-bien qu'elles n'auraient pas pu prétendre de la famille qui cultivait un certain terrain, les fruits de son travail.]

3°. Si ce consentement était nécessaire, afin que quelqu'un pût légitimement s'approprier une chose qui n'est à personne, on mourrait mille fois de faim, au milieu de l'abondance.

[174. La réponse que nous venons de donner à l'argument précédent, fait voir que ce consentement n'était pas aussi difficile à obtenir qu'on le croit. Au commencement, les hommes se nourrissaient de ce que la terre produisait naturellement; et pour lors, il y en avait de reste; les hommes se multipliant, ils se séparaient, ils s'éloignaient pour trouver d'autre nourriture; enfin, les hommes se multipliant encore, on trouva le moyen de faire rendre à la terre ce qu'il fallait au nombre des hommes, par le moyen de la culture. Je ne vois pas que ce consentement eût été si difficile que les hommes eussent pu mourrir de faim.]

4°. Enfin, tant s'en faut que ce consentement soit nécessaire, que les autres hommes ne sauraient s'opposer à l'acquisition d'une chose qui n'est à personne, sans s'opposer à l'intention du Créateur, et par conséquent sans injustice.

[175. Il ne suffit pas que la chose ne soit à personne, pour être en droit de s'en emparer légitimement : il faut encore que cette même chose ne soit nécessaire à personne. Car sup-

posons l'homme dans la communauté primitive, supposition nécessaire dans la recherche de l'origine de la propriété ; les biens de la terre n'étaient à personne ; mais comme ils étaient nécessaires à la vie du genre humain, tous les autres auraient pu et dû même s'opposer à l'entreprise de celui qui aurait prétendu s'en approprier une partie ; parce qu'on les aurait privés de cette partie de nourriture que le bien approprié pouvait leur fournir. Et je ne vois pas comment ils s'opposeraient par là à l'intention du Créateur, qui leur ayant accordé la terre et ses productions, a laissé à leur prudence, à prendre les mesures nécessaires pour user honnêtement de ce droit. Or, pourquoi ne s'opposerait-on pas à l'invasion d'une seule personne, sans le consentement des autres? La prudence humaine est-elle renfermée dans la seule personne qui est le premier occupant? Si, comme Burlamaqui lui-même le dit (§. IV.) tous les hommes, en vertu de la destination des biens de la terre à leurs besoins, ont naturellement le Droit de se servir de ces biens de la manière qu'ils le jugent à propos, *en suivant les règles de la sociabilité* ; comment donc accorderons-nous de bon gré une partie de ces biens à une personne qui s'en empare, et qui nous dit : *cela est à moi,* sans nous avoir consultés, ou sans notre permission expresse ou tacite? Est-ce là suivre les lois de la sociabilité ?

Au reste, je sens très-bien que, s'il n'y a personne qui s'y oppose, la simple prise de possession peut donner un Droit de propriété ; car

par là même qu'il n'y avait personne qui s'y opposât, il s'ensuit manifestement, que le bien occupé n'était nécessaire à personne, et que celui qui s'en empare peut en tirer seul sa subsistance, surtout s'il le cultive et qu'il en jouisse pendant un certain temps sans opposition ; puisque la prescription augmente son Droit : tout contribue aussi à lui en assurer la propriété, sans qu'il soit nécessaire d'avoir l'exprès consentement, dès qu'il n'y a personne à qui il pût le demander. Mais lorsque l'on cherche l'origine et le fondement de la propriété, il ne faut pas supposer un homme isolé, mais un homme vivant avec les autres hommes en société naturelle, et usant des biens de la terre en commun. Je dis que tout occupant sans aucun consentement exprès ou tacite, serait un usurpateur ; parce qu'il agirait contre l'intention de Dieu, et par conséquent avec injustice.]

Une comparaison achevera d'éclaircir la chose. Quand un père de famille fait servir quelque plat sur la table pour la nourriture de ses enfants, il n'assigne pas à chacun sa portion, mais ce dont chacun se saisit honnêtement est à lui, quoi qu'auparavant il n'y eût pas plus de droit que les autres, et que ceux-ci ne lui aient pas donné la permission de prendre tel ou tel morceau.

[176. Cette comparaison me semble plutôt propre à confirmer que le fondement de la propriété est le consentement. D'abord les enfants ou les domestiques ont droit à la nourriture en général; s'ils se nourrissent donc à table, ce n'est

pas simplement par la prise de possession, ou par ce qu'ils la saisissent, qu'elle est à eux, mais par le Droit que la loi de la conservation leur donne. Quant au choix qu'ils font à table, un père de famille ne le leur accordera que lorsqu'il sera sûr que par une préalable éducation, ils se seront accoutumés à se servir honnêtement. Le père donc leur accorde tacitement ce choix, parce qu'il présume qu'ils n'en abuseront pas : en effet, dès qu'il s'apercevra qu'ils ne choisissent pas honnêtement, il leur refusera le choix. On ne comprendra peut-être guère, comment Locke, ce grand maître d'éducation, puisse avoir fait usage de cette comparaison, pour prouver que la prise de possession est le seul fondement de la propriété. Pour fonder cette opinion sur la comparaison rapportée, il faut supposer que les enfants puissent choisir à table sans permission expresse ou tacite de leurs père et mère. Locke, lui-même, n'aurait pas voulu proposer cette mauvaise maxime, dans son excellent Traité d'Education.

Je ne veux pas passer sous silence une raison qu'emploie Barbeyrac pour prouver que le droit de propriété est fondé simplement sur la prise de possession et dont il fait beaucoup de cas. « Car, dit-il, quand plusieurs choses sont » données en général à une multitude de gens » qui n'existent pas tous à-la-fois, et qui ne » peuvent ou ne veulent pas les posséder toutes » en commun, tels que sont les hommes, con- » sidérés dans tous les temps et dans tous les

» lieux, l'intention du donateur est sans doute
» que ceux qui viennent les premiers acquièrent
» sur celles de ces choses dont ils s'emparent,
» un droit particulier, exclusif des prétentions
» de tous les autres, sans qu'il soit besoin du
» consentement de ceux-ci. Toute prise de pos-
» session a même, par un effet de la volonté du
» donateur, une vertu propre de faire en sorte
» que le premier occupant s'approprie légiti-
» mement quelqu'une des choses données en
» commun : pourvu qu'il n'en prenne pas plus
» qu'il ne faut, et qu'il en laisse assez pour les
» autres (1). »

Si l'idée de Barbeyrac était juste, il s'ensuivrait que tous les propriétaires d'aujourd'hui seraient des propriétaires de mauvaise foi. Car si les premiers occupants ont acquis un droit particulier, exclusif des prétentions de tous ceux qui n'existaient pas encore, les descendants de ces premiers occupants n'y avaient point de droit; parce que pour qu'ils en eussent, il faudrait que leurs ancêtres eussent obtenu quelque chose pour eux et pour leurs descendants : mais, dit Barbeyrac, les hommes n'ayant pas pu exister tous à-la-fois, l'intention du donateur a été que ceux qui sont venus les premiers, acquîssent sur celles de ces choses dont ils s'emparaient, un droit particulier, exclusif des prétentions de tous les autres; or

---

(1) Note 4, au §. IV, du chap. IV, lib. IV, du Droit de la Nature et des Gens de Puffendorf.

ces autres sont les descendants des premiers occupants. Ajoutons encore, qu'on n'acquiert jamais une chose pour soi et ses descendants, sans une convention expresse ou tacite.

Que toute prise de possession, par une suite de la volonté du donateur, ait même une vertu propre de faire que le premier occupant s'approprie légitimement quelqu'une des choses, données en commun, on le dit plus facilement qu'on ne le prouve; car c'est là principalement où gît la question. En effet, loin que la prise de possession seule donne le droit de propriété, il y a de longues possessions qui ne peuvent pas même accorder ce droit, telles que les possessions de mauvaise foi. Enfin, le donateur en accordant les biens de la terre aux hommes, a compris dans cette donation non seulement les premiers hommes, mais tout le genre humain; or les premiers hommes ne pouvaient s'approprier les différentes parties de la terre pour eux et pour leurs descendants sans stipuler, soit expressément soit tacitement.]

Les jurisconsultes romains expliquent la chose de la même manière. Ils disent que la propriété des biens a commencé par la prise de possession, et qu'il en reste encore aujourd'hui une trace dans les choses qui sont demeurées communes, lesquelles appartiennent au premier occupant. *Dominium rerum ex naturali possessione cœpisse, Nerva filius ait; ejusque rei vestigium remanere de his, quæ terrâ, mari, aut cœlo*

capiuntur; nam hæc protinùs eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint (1).

[177. Cette décision du jurisconsulte romain n'a pas plus de poids que celle des autres auteurs qui sont du même sentiment : et nous nous garderons bien de décider des maximes du Droit naturel d'après les décisions du droit romain. Les exemples qu'il apporte de ce qui s'est pratiqué après l'établissement de la propriété, ne prouvent pas, que l'origine de la propriété ait eu la même source. Car, aujourd'hui que les biens de la terre appartiennent généralement en propre, s'il y avait quelque coin qui n'appartînt à personne, la prise de possession suffirait pour en acquérir la propriété, parce que la communauté primitive n'ayant plus lieu, les hommes sont censés être plus ou moins suffisamment partagés; et par-là un coin abandonné de tout le monde, sans propriétaire, s'offre naturellement au premier occupant, parce qu'il ne sait pas avec qui convenir pour s'en emparer. Mais dans la communauté primitive, lorsque tous les hommes avaient un droit égal sur les biens de la terre, il y aurait eu de l'injustice de s'en approprier une partie sans le consentement des autres qui auraient pu en faire autant. On ne perd point un droit, sans le consentement de celui qui veut bien y renoncer.]

A la vérité, il peut bien arriver quelquefois,

(1) L. I, DIGEST., De Acquir. vel Amitt. Possess. XLI, 2.

qu'il intervienne quelque convention, sur la distinction des biens : mais cette convention ne sert qu'à fortifier l'obligation naturelle où sont les hommes de ne se point troubler les uns les autres dans la possession de leurs biens.

[178. Nous venons de voir que sans cette convention, toute propriété aurait été injuste, et par conséquent les hommes se seraient tellement troublés les uns les autres, qu'ils auraient été dans un état de guerre perpétuelle.

Il est au reste fort difficile de trouver des traces de la propriété proprement ainsi nommée, avant l'établissement des sociétés civiles, et avant que les hommes se fûssent assez dégrossis pour apercevoir la différence qu'il y a entre le pouvoir physique, et le pouvoir moral, suite du Droit. Dans les deux premiers âges de la vie, lorsque les hommes étaient chasseurs ou pasteurs, on avait à peine l'idée de propriété sur les fonds de terre : les hommes ignorant entièrement l'agriculture, ignorant également l'art de bâtir, si ce n'était des cabanes qu'ils construisaient et détruisaient en un clin-d'œil, n'avaient point d'habitations fixes ; mais rassemblés en hordes, ou tribus, ils erraient de côté et d'autre pour trouver des endroits où leurs troupeaux pussent paître. Tant que les hommes menèrent cette vie vagabonde, ils usèrent des fonds de terre et de leurs productions, comme de l'air ou de l'eau. Un paturage était regardé comme appartenant à une horde ou tribu, tant qu'elle en était en jouissance, parce que personne autre n'en réclamait l'usage :

il en était de même de l'air qu'ils respiraient et de l'eau dont ils buvaient. Du moment où ils allaient s'établir ailleurs, il ne restait plus aucun rapport entre eux, et le champ qu'ils abandonnaient. Ce champ était ouvert aux nouveaux venus, qui avaient droit de s'en emparer et d'en jouir, comme s'il n'eût pas été anciennement occupé. On peut donc conclure de là, que tant que les hommes menèrent la vie de pasteurs, sans former une société civile, il n'y eut entre eux et les fonds de terre point de rapport, formé d'une manière assez distincte, pour que ce rapport pût être appelé une vraie propriété. Voyez sur ce sujet la description que donne Thucydide au commencement de son histoire du premier état de la Grèce.

L'agriculture que nous pouvons regarder comme le troisième âge de la vie sociale, produisit le rapport de propriété des fonds de terre. Un homme qui s'est donné des peines pour préparer un champ par la culture où il a employé le secours de l'art, le faisant valoir par-là, suivant le calcul de Locke (1) 99 pour 100 au-dessus de ce qu'abandonné à la nature il aurait produit, cet homme, dis-je, se forme dans son esprit l'idée d'un rapport intime avec ce champ. Il contracte par degrés une affection singulière pour ce morceau de terre, qui, en quelque façon, est l'ouvrage de ses mains. Il préfère de vivre

(1) Gouvernement civil, chap. IV.

sur cette terre plutôt que partout ailleurs, et souhaite y déposer ses os. Cette terre est un objet qui affecte son imagination; et il s'en occupe, soit qu'il reste sédentaire, ou qu'il soit hors de chez lui. Après une campagne, ou une guerre de plusieurs années en pays étrangers, il revient dans sa maison et dans sa terre avec empressement, pour y passer son temps dans la joie et l'abondance. Ces expériences développent par degrés le rapport de la propriété; ce rapport est distingué de la possession; et la vive perception de la propriété relativement à un objet si considérable, contribue principalement à cette distinction. S'il arrive qu'un propriétaire soit dépossédé en son absence, tout le monde sent et reconnait l'injustice qui lui est faite, parce que lorsqu'il a commencé à travailler cette terre, tout le monde tacitement au moins a consenti à la lui accorder; ainsi on ne voit qu'avec peine qu'un autre la lui enlève. Suivant l'opinion généralement admise, il continue donc d'être propriétaire, et l'action réelle lui sera donnée contre le possesseur, à qui la propriété ne peut être transférée par un acte contraire aux bonnes mœurs. Il y a donc toute apparence que l'origine et les progrès de la propriété proprement dite ne sont pas différents de ceux des sociétés civiles et de l'agriculture; car la propriété des biens immobiliers demandait une vie fixe et permanente; état qu'on doit attribuer à l'établissement des sociétés civiles, et aux progrès de l'agriculture.

On pourrait nous faire cette question : *La propriété est-elle de Droit naturel proprement ainsi nommé?* On peut prendre ces mots de *droit naturel*, ou pour un précepte proprement ainsi dit de la loi naturelle, ou pour une maxime qui suppose quelque établissement humain. Au premier égard l'expression veut dire que le Droit naturel ordonne de faire telle ou telle chose ; mais dans l'autre sens, elle signifie seulement que la droite raison conseillait d'établir telle ou telle chose, pour l'avantage de la société humaine en général ; car ce qui a été introduit pour le bien particulier d'un Etat, est purement de droit civil ou positif. Quand donc on demande si la propriété des biens tire son origine du Droit naturel, cela doit s'entendre au dernier sens. En effet, les hommes étant faits de telle manière qu'ils n'auraient pu, sans la propriété des biens, vivre ensemble dans une société honnête et paisible, depuis qu'ils se furent multipliés, et qu'ils eurent commencé à inventer divers arts pour rendre la vie plus commode et plus agréable, la constitution des choses humaines étant le but du Droit naturel, demandait alors un tel établissement.]

§. VII. Voyons à présent quel est l'objet de la propriété ; c'est-à-dire, quelles sont les choses qui en sont susceptibles, et qui peuvent appartenir en propre à quelqu'un.

En général, afin qu'une chose soit susceptible de propriété, il faut, 1°. qu'elle soit de nature à être possédée d'une manière, ou d'une autre; car

le but et l'usage de la propriété consistent dans la possession. 2°. Il faut que l'on soit à portée de s'emparer de cette chose et de la garder, autrement toutes les prétentions qu'on voudrait avoir sur elle seraient inutiles.

Puffendorf exige outre cela deux autres conditions. La première, que les choses dont on veut acquérir la propriété soient de quelque usage : la seconde, qu'elles ne soient pas par elles-mêmes d'un usage inépuisable. Mais ces conditions ne paraissent pas nécessaires. Car, premièrement, il serait peut-être bien difficile de donner quelque exemple d'une chose qui soit absolument inutile, et il suffit que l'on trouve quelque plaisir à l'avoir.

[179. Ce serait cependant un plaisir bien cruel, si, pour nous le procurer, nous nous approprions une chose qui nous est absolument inutile, et qui pouvait être de quelque utilité aux autres : et que nous voulussions nous en emparer uniquement pour l'avoir, n'ayant d'autre réponse à donner à celui qui, dans l'établissement de la société, nous l'aurait demandée pour lui, en nous représentant qu'elle nous est inutile, et qu'elle lui est avantageuse ; *que vous importe donc, si je veux l'avoir?* « A cela, ajoute Barbeyrac, il n'y a point de réplique (1). » Il me semble que les devoirs de l'humanité y répliquent assez.]

(1) Note L, sur Puffendorf, liv. IV, chap. V, §. I.

D'ailleurs, si une chose est de telle nature que l'usage en soit inépuisable, il s'ensuit naturellement que chacun peut s'en approprier tout autant qu'il le juge à propos, puisque tout autre en pourra faire de même, et que personne n'y perd rien.

[180. Mais c'est par cette même raison que les choses inépuisables ne sont pas susceptibles de propriété ; car si à cause qu'elles sont inépuisables, chacun peut s'en approprier tout autant qu'il le juge à propos, et que tout le monde puisse en faire de même, il serait fort inutile qu'un particulier voulût en avoir une portion fixe et distincte, ou que les autres voulussent l'en empêcher. Par là même que l'objet est inépuisable, chacun peut en prendre ou en user à sa volonté. D'ailleurs il est entièrement contre la raison de prétendre partager ou s'approprier en entier une chose qui s'offre, pour ainsi dire, d'elle-même, à tout le genre humain, et qui suffit abondamment aux différents besoins de chacun. C'est la raison pourquoi on laisse ces sortes de choses dans la communauté primitive.]

§. VIII. On met ordinairement au rang des choses qui ne sont à personne, et dont on ne saurait se rendre maître, l'air, la lumière, la chaleur du soleil, les eaux courantes, etc. Mais rien n'empêche qu'on ne s'approprie en quelque manière ces choses, du moins par rapport à une certaine étendue, qui s'en trouve renfermée sur nos terres. Tout ce qu'il y a, c'est que les lois de l'humanité veulent qu'on ne refuse à personne

un usage innocent de ces sortes de choses. Les jurisconsultes romains disent que ces choses sont communes par le Droit naturel. *Naturali jure communia sunt omnium hœc : aër, aqua profluens, mare, et per hoc littora maris* (1).

[181. C'est parler bien improprement que de dire qu'on peut s'approprier, au moins par rapport à une certaine étendue, de l'air, de la lumière, de la chaleur du soleil, etc. L'air, de même que la lumière étant dans un mouvement perpétuel, il est risible de dire que nous pouvons nous approprier ce que nous ne pouvons pas arrêter, et qui nous échappe continuellement. On parle encore bien plus improprement à l'égard de la chaleur du soleil, qui n'est autre chose qu'une modification de la lumière, ou du feu élémentaire. Toutes ces prétendues propriétés sont semblables à celles de ce fou d'Athènes, qui passant son temps sur le port, se réjouissait de tous les vaisseaux qu'il voyait arriver, parce qu'il les croyait lui appartenir.]

§. IX. Il sera aisé, au moyen de ces principes, de juger de la fameuse question *du domaine ou de l'empire de la mer,* qui a été traitée par les plus grands hommes du dernier siècle, et en particulier par Grotius dans son traité intitulé *Mare liberum*, et par Selden sous le titre de *Mare clausum.*

1°. Je dis donc, que la mer, considérée en

(1) INSTIT., lib. II, tit. *de Rer. divis.*, §. 1.

par conséquent il serait fort inutile de partager ce vaste élément. Cette raison serait sans réplique si l'on pose la condition de Puffendorf, que pour pouvoir s'emparer d'une chose, il faut que l'usage n'en soit pas inépuisable ; mais on peut faire certains usages de la mer qui, ou ne sont pas entièrement inépuisables, ou qui peuvent causer du dommage à un peuple dont la mer baigne les côtes, ensorte qu'il ne serait pas de son intérêt que chacun pût y venir et y faire ce que bon lui semblerait. Il faut mettre au premier rang la pêche, tant des poissons que des autres choses qui naissent dans la mer. Car, quoique pour l'ordinaire il y ait une plusgrande quantité de poisson dans la mer, que dans les rivières ou dans les lacs ; cependant s'il était permis à tous les peuples de venir pêcher sur les côtes d'un pays, cela diminuerait un peu la pêche et le profit des habitants ; d'autant plus qu'il y a certaines sortes de poissons ou de choses précieuses, comme les perles, le corail, l'ambre, qui ne croissent qu'en un seul endroit de la mer, quelquefois même d'assez petite étendue. Pourquoi donc les habitants d'une côte ne pourraient-ils pas se prévaloir, à l'exclusion des autres, de la fécondité ou des rares productions de la mer voisine ?

L'autre sorte d'usage, dont il s'agit ici, c'est que la mer servant de rempart aux côtes qu'elle baigne, il y a du danger à y laisser venir les vaisseaux de guerre étrangers, sans qu'ils en aient

demandé la permission, ou qu'ils donnent des sûretés, qu'on n'en recevra point de dommage.]

§. X. Il reste encore une question à examiner, savoir, si l'établissement de la propriété des biens est avantageux au genre humain, ou s'il aurait mieux valu pour les hommes qu'ils demeurassent dans la communauté primitive? Je réponds, que depuis la multiplication du genre humain, l'établissement de la propriété des biens était absolument nécessaire au bonheur des particuliers, au repos et à la tranquillité publique. Car 1°. une communauté universelle de biens qui aurait pu avoir lieu entre des hommes parfaitement équitables et libres de toute passion déréglée, ne saurait être qu'injuste, chimérique, et pleine d'inconvéniens entre des hommes faits comme ils le sont; 2°. dans une communauté de toutes choses, chacun étant obligé de rapporter à la masse commune tout le fruit de son industrie et de son travail, il y aurait des disputes sans nombre sur l'égalité du travail, et de ce que chacun consumerait pour son usage; 3°. si chacun pouvait trouver dans le fonds commun ce qu'il lui faut pour sa subsistance, la plupart des hommes comptant sur le travail d'autrui, se livreraient à la paresse et à l'oisiveté; et ainsi on manquerait bientôt du nécessaire et de l'utile; 4°. si tout était commun, il n'y aurait plus de besoins; et s'il n'y a plus de besoins, il n'y aura plus d'arts, plus de sciences, plus d'inventions; 5°. supposez au contraire la propriété, chacun prend soin de ce qui lui appartient; tous sont excités au travail

et les avantages que chacun retire de son application et de son industrie donnent la naissance aux arts, aux sciences, aux inventions les plus utiles et les plus commodes ; 6°. enfin la communauté produisant une égalité de possessions et de richesses, elle établit aussi une égalité entière dans les conditions. Mais cela bannirait toute subordination, réduirait les hommes à se servir eux-mêmes, et à ne pouvoir être secourus les uns des autres. Ainsi tarirait la principale source du commerce mutuel d'offices et de services ; et les hommes se trouveraient dans une telle indépendance les uns des autres, qu'il n'y aurait presque plus de société entre eux.

[183. La propriété produit encore un plus grand avantage, je veux dire celui de nous mettre à portée de satisfaire les plus nobles affections de l'ame. Si les dons de la fortune étaient communs, quelle occasion la générosité, la bienfaisance, la charité, auraient-elles de se signaler ? Les nobles principes manquant d'objets sur lesquels ils pussent s'exercer, resteraient à jamais dans l'inaction. Or, que serait l'homme sans eux ? Une vile créature, distinguée à la vérité des brutes par sa conformation extérieure, mais d'une nature peu relevée au-dessus de celle de ces mêmes brutes. La reconnaissance et la compassion pourraient agir quelquefois ; mais dans l'état présent des choses, ces sentimens ont beaucoup plus d'activité. Les principes de l'homme sont adaptés avec une sagesse infinie aux circonstances extérieures de sa condition, et ces prin-

cipes réunis forment une constitution régulière, où l'harmonie règne dans toutes les parties].

Rien n'était donc plus conforme à la droite raison, et par conséquent au Droit naturel, que l'établissement de la propriété des biens, puisque sans cela il aurait été impossible que les hommes vécussent dans une société paisible, commode et agréable.

[184. Malgré toutes ces raisons, Platon, Thomas Morus et Thomas Campanelle ont voulu introduire la communauté des biens : quoiqu'ils pensassent à une communauté positive ; le premier dans sa *République;* le second dans son *Utopie;* et le troisième dans sa *République du soleil.* Mais il est facile d'imaginer et de supposer des hommes parfaits : la question est d'en trouver de tels qui existent réellement. On a beau dire que le *mien* et le *tien* sont la cause de toutes les guerres ; il est certain au contraire, que le mien et le tien ont été introduits pour éviter les contestations. D'où vient que Platon lui-même appelle, la pierre qui marque les limites du champ, une chose sacré *qui sépare l'amitié et l'inimitié* (1). Mais ce qui donne lieu à une infinité de querelles et de divisions c'est l'avarice et l'avidité des hommes qui les portent à franchir sans retenue les bornes du *mien* et du *tien*, réglées ou par des conventions particulières, ou par des lois.]

(1) De leg., lib. VIII.

CHAPITRE IX.

Des différentes manières d'acquérir la propriété des biens.

§. I. Les manières d'acquérir la propriété ne sont autre chose que différents actes, au moyen desquels on acquiert la propriété des choses, en vertu de quelque loi, ou naturelle ou civile.

§. II. On les distingue différemment; et 1°. les unes sont originaires et primitives, les autres sont dérivées. Les premières sont celles par lesquelles on acquiert la propriété d'une chose, qui n'était encore à personne. Les autres sont celles qui font passer d'une personne à l'autre la propriété déjà établie.

2°. Il y a des manières d'acquérir principales, par lesquelles on acquiert la propriété du fond et de la substance même des choses, et des manières accessoires, par lesquelles on acquiert un simple accroissement survenu à une chose qui nous appartenait déjà.

3°. Enfin il y a des manières d'acquérir naturelles, et civiles. L'acquisition naturelle est celle qui se fait en vertu du Droit naturel, ou par la seule volonté de l'acquéreur à l'égard des choses qui n'appartiennent à personne, ou par le seul consentement mutuel de celui qui transfère la propriété et de celui qui l'acquiert, en matière de choses qui appartiennent déjà à quelqu'un. L'ac-

quisition civile est au contraire celle qui se fait en vertu de quelque loi civile, c'est-à-dire, qui transfère la propriété sans un consentement particulier du propriétaire, ou qui demande quelque chose de plus qu'un simple consentement des parties.

L'on trouve cette division dans les Institutes. *Quarumdam enim rerum dominia nanciscimur Jure Naturali,...... quarumdam Jure Civili.* INSTIT., lib. II, tit. I, §. 4.

De l'Acquisition primitive et originaire.

§ III. L'on acquiert la propriété des choses qui ne sont à personne en s'en emparant, ou par la prise de possession, comme nous l'avons déjà dit ci-dessus. *Quod nullius est naturali ratione occupanti conceditur.*

[185. Nous avons remarqué dans le chapitre précédent, que les hommes, ayant jugé à propos d'abolir la communauté primitive, convinrent d'assigner à chacun sa part de ce qui était auparavant en commun, distribution qui se fit ou par l'autorité des pères de famille, ou par un accord, ou par le sort, ou en donnant le choix de ce qu'on avait à partager. Toutes les autres choses qui n'entrèrent point dans ce premier partage, furent laissées à jouissance vague et commune ou abandonnées au *premier occupant*, c'est-à-dire, à celui qui s'en emparerait avant les autres. Il faut donc remarquer que les biens de terre dont personne ne s'était emparé après ce

premier partage, n'appartenaient à personne, tous les hommes, alors existants, étant censés posséder en propre les terres nécessaires à leur subsistance; ce qui est bien différent des biens laissés dans la communauté primitive, qui étant à tous, tous y avaient droit; tellement que personne ne pouvait s'en emparer de la moindre partie, sans le consentement des autres. D'où il paraît dans quel sens on dit des choses, qu'elles ne sont à personne; ce sont celles qui après l'introduction de la propriété, ont été abandonnées ou laissées à jouissance commune jusqu'à l'arrivée d'une personne qui en eût besoin. Le droit *de premier occupant* est fondé et tire toute sa force à mon avis, d'un consentement tacite des autres hommes, qui en laissant en abandon certaines parties de la terre, ont consenti par cela même, qu'elles appartiendraient à ceux qui viendraient après eux, et qui en auraient besoin. Le droit de premier occupant n'exclut pas ainsi le consentement tacite des premiers propriétaires, qui en s'appropriant ce qui leur convenait, ont renoncé au droit sur le reste, en faveur de ceux qui ne s'étant pas trouvés au premier partage, auraient pu en avoir besoin dans la suite. Le sens de la décision romaine, si nous avions besoin d'autorité, pourrait servir pour confirmer notre remarque.]

§. IV. Ce qui fonde proprement le droit du premier occupant, c'est qu'en s'emparant d'une chose qui n'est à personne, il donne à connaître avant tout autre le dessein qu'il a d'acquérir

cette chose. Si donc l'on manifestait l'intention de s'approprier une chose par quelque autre acte aussi significatif que la prise de possession, comme, par exemple, par des marques faites à certaines choses, on pourrait acquérir par là la propriété, aussi bien que par la prise de possession. Bien entendu qu'il faut être à portée de prendre ce dont on témoigne avoir intention de s'emparer. Car il serait ridicule de prétendre qu'une intention qui ne saurait avoir son effet, privât les autres hommes de leurs droits : l'avidité sans bornes de bien des gens rendrait ainsi inutile le droit d'autrui, ce qui serait manifestement contraire à l'intention de Dieu, et donnerait lieu à des disputes et à des querelles continuelles.

§. V. On se rend maître par droit de premier occupant, ou des choses *mobiliaires*, ou des *immeubles*. Les *immeubles* sont toutes les choses qu'on ne saurait transporter d'un lieu à un autre sans les détruire; comme les différentes parties de la surface de la terre, les places pour des bâtimens, les bois, prés, champs, vignes, et tout ce qui est adhérant à la surface de la terre; ou par la nature, comme les arbres, les plantes; ou par la main des hommes, comme les bâtimens. Enfin tout ce qui tient aux bâtimens, comme ce qui est attaché à fer, plomb, plâtre, ou autrement, à perpétuelle demeure, etc.

Pour les meubles ou choses mobiliaires, ce sont toutes celles qui peuvent être transportées en entier d'un lieu à un autre, et qui sont séparées de la terre, comme les arbres coupés ou tom-

bés, les fruits cueillis, les pierres tirées des carrières. Les animaux sont appelés, meubles vifs ou animés; et tous les autres sont des meubles morts.

[186. Les animaux sont de deux sortes: les uns sont privés, ou domestiques, et à l'usage ordinaire des hommes, et en leur puissance, comme les chevaux, les bœufs, les moutons, etc.; et les autres sont les sauvages qui vivent dans la liberté naturelle, hors de la puissance des hommes: comme les bêtes féroces, le gibier, les oiseaux et les poissons qui passent à l'usage et à la puissance des hommes par la chasse, et par la pêche, selon que l'usage peut en être permis. *Feræ igitur bestiæ, et volucres et pisces, et omnia animalia quæ in mari, cœlo et terrâ nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, naturali ratione occupanti conceditur* (1) Voyez dans la remarque précédente dans quel sens il faut entendre les mots *quod nullius est.*]

§. VI. On se rend maître par la prise de possession des pays déserts, que personne ne s'est encore approprié; et cela dans toute l'étendue dont on est en possession. Mais la sociabilité et l'égalité naturelle veulent que l'on mette des bornes à ses prétentions, et qu'on ne les pousse pas à l'infini. Si quelqu'un, par exemple, venait

(1) Instit., lib. II, tit. I, *de Rer. divis.*, §. 12.

à être porté avec sa famille dans une île déserte, assez grande pour nourrir 20 ou 30 mille personnes, il y aurait sans doute du ridicule et de l'injustice à se croire en droit de chasser ceux qui y seraient abordés depuis par un autre endroit.

Mais aujourd'hui les droits de chasse et de pêche sont mis au nombre des droits de régale, ils appartiennent au souverain, et les particuliers ne peuvent les exercer, qu'autant qu'il le leur permet. Les bêtes sauvages sont donc censées appartenir au souverain, autant du moins qu'elles sont dans ses terres ; car celles qui sont dans les forêts d'un pays peuvent passer dans les forêts d'un autre, où l'on n'a pas droit de les aller réclamer.

Diverses raisons ont pu contribuer à faire réserver aux souverains le droit de chasse. La principale, c'est qu'il n'était pas à propos de laisser courir par les forêts les paysans, les laboureurs, et les ouvriers; non seulement afin qu'ils ne négligeassent pas leur travail, ou la culture des terres, mais encore afin qu'ils ne s'accoutumassent pas insensiblement à une vie vagabonde et au brigandage. Mais quoiqu'il en soit, l'humanité et la justice doivent toujours servir de règle aux princes, par rapport à la chasse, comme en toute autre chose. Ils ne doivent pas fouler leurs peuples à cette occasion ; et comme ils peuvent jouir de ce plaisir innocemment, s'ils y gardent une sage modération, il y a au contraire de l'injustice et de l'inhumanité à sacrifier pour

cela, et sans nécessité, les personnes et les biens de leurs sujets.

§. VII. On peut encore acquérir par droit de premier occupant les choses qu'un propriétaire a abandonnées, avec le dessein de ne les plus tenir pour siennes.

Quâ ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto à Domino habitam quis occupaverit, statim eum Dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod Dominus eâ mente abjecerit, ut id in numero rerum suarum esse nolit; ideòque statim dominus ejus esse desinit (1).

[187. Ces sortes de choses abandonnées ayant appartenu en propre à quelque particulier, ne peuvent pas être censées entrer dès-lors dans le domaine de l'Etat : mais il est naturel de les regarder comme n'appartenant à personne, et par conséquent comme étant au premier occupant, à moins que les lois ne défendent aux particuliers de se les approprier.]

Mais hors les cas dont nous venons de parler, quoiqu'on ne soit plus en possession d'une chose, on n'en perd pas pour cela la propriété malgré soi. Au contraire, on conserve toujours le droit de recouvrer son bien, tant qu'on n'y a pas renoncé; ou d'une manière expresse, ou d'une manière tacite.

[188. A moins que ce ne soit en forme de punition, ou par une suite de la guerre. Ainsi

(1) Instit., lib. II, tit. I, §. 47.

personne ne peut acquérir ces sortes de choses par droit de premier occupant, puisque le droit du premier propriétaire subsiste toujours. Or afin qu'une chose passe pour abandonnée, il faut non seulement que le propriétaire ne veuille plus en être maître: mais encore qu'il s'en défasse actuellement, en déclarant qu'il entend n'en plus conserver ni la possession, ni la propriété.]

Il parait par-là combien est injuste la coutume des pays où l'on confisque les biens de ceux qui ont fait naufrage, les marchandises jetées dans la mer pour alléger un vaisseau battu de la tempête, et les choses dérobées, au lieu de les rendre aux propriétaires.

Alia sane causa est rerum earum quæ in tempestate, levandæ navis gratiâ, ejiciuntur: hæ enim Dominorum permanent: quia palàm est eas non eo animo ejici, quòd quis eas habere nolit, sed quò magis, cum ipsâ navi, maris periculum effugiat. Quâ de causâ, si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari, nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit (1).

Il y a aussi une belle loi là-dessus de l'empereur Constantin. *Si quandò naufragio navis expulsa fuerit ad littus, vel si quandò aliquam terram attigerit, ad Dominos pertineat. Quod enim jus habet fiscus in alienâ calamitate, ut de re luctuosâ compendium sectetur* (2)?

(1) INSTIT., lib. II, tit. I, § 48.

(2) Lib. I. C. *De naufr.*, lib. XI, tit. V. Vid. *Auth. Navigia.* C. de *Furtis post*, l. 18, lib. VI, tit. II.



Des acquisitions dérivées en général.

§. VIII. Mais comme il était nécessaire que la propriété une fois introduite, passât quelquefois des uns entre les mains des autres, c'est ce qui a donné lieu aux manières dérivées d'acquérir la propriété.

§. IX. Toutes les acquisitions dérivées ont leur fondement dans le concours de la volonté du propriétaire qui transfère son droit, et de celui à qui on le transfère et qui accepte. *Nihil enim tàm conveniens est naturali æquitati*, disent les jurisconsultes romains, *quam voluntatem Domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi*(1).

[189. En effet, le droit que donne la propriété, ou le pouvoir du propriétaire de disposer de son bien à sa volonté, semble consister principalement dans la liberté de transférer ou de céder à autrui, quand il le juge à propos, les choses qui lui appartiennent, soit pour en acquérir par ce moyen d'autres, qui l'accommodent mieux, ou simplement pour avoir occasion d'obliger quelqu'un. Or, tout transport de quelque droit, ou de quelque chose, supposant deux personnes, l'une qui transfère, et l'autre à qui l'on transfère, il faut nécessairement le concours de deux volontés : l'une qui donne, et l'autre qui accepte. Car l'idée de l'aliénation emporte à la

(1) Instit., lib. II, tit. I, §. 40.

vérité principalement, que la chose aliénée est transportée à autrui du consentement du propriétaire, et non pas par l'effet d'une pure violence ; mais, d'autre côté, il ne serait pas convenable de faire prendre à quelqu'un, malgré lui, ce qui est naturellement séparé de sa personne. On dit bien quelquefois, qu'une hérédité, par exemple, est d'abord (*ipso jure*) acquise à une certaine personne, quoiqu'elle n'en ait encore aucune connaissance ; comme cela a lieu, selon le Droit Romain, quand l'héritier est un enfant sous puissance paternelle, à cause de quoi on l'appelle *suus et necessarius hæres* (1). Mais alors la loi, par une fiction de droit, représente l'héritier et accepte, pour ainsi-dire, le bien en son nom. Preuve de cela, c'est que l'héritier peut renoncer à la succession, et que, s'il ne l'a pas actuellement acceptée ou par lui-même ou par autrui, il n'est tenu à aucune des obligations naturelles d'un héritier.

De plus, la nature de la société humaine ne permettant pas d'attribuer aux actes intérieurs de l'ame, la force de produire eux seuls quelque droit qui ait son effet par rapport à autrui ; il faut en matière d'aliénation, que l'une et l'autre des parties, et celui qui donne, et celui qui reçoit, témoignent leur consentement par quelques signes convenables ; comme nous avons remarqué en traitant des Conventions (2).

(1) Digest., lib. XXXVIII, tit. XVI, *de Suis et legit. hered* leg. XIV.

(2) Chap. IV.

Enfin, lorsque la donation est pleine et absolue, celui qui aliène, n'a plus droit, ni propriété, ni prétention sur la chose qui lui appartenait : c'est une suite nécessaire de l'acte même de l'aliénation. Il est pourtant assez ordinaire, que celui qui fait une cession ou une renonciation dans les formes, déclare expressément, que ni lui ni ses héritiers ne prétendront rien désormais à la chose aliénée, et que s'ils entreprennent de la reprendre, ou d'en disposer, ce sera sans aucun effet. Mais il arrive souvent, que celui qui aliène se réserve encore quelque prétention, quelque droit, quelque casualité, qui a lieu en cas de certains événemens, et cela, ou parce qu'on en est expressément convenu dans l'acte même de l'aliénation, comme quand on vend une chose sous condition de *retrait*, ou qu'on aliène sous clause commissoire, ou qu'on en transfère seulement le domaine utile ou la propriété restreinte et imparfaite, comme dans la concession d'un fief et dans les *baux emphytéotiques*, ou parce que l'aliénation renfermait une condition tacite qui, venant à s'accomplir, fait revivre le droit de l'ancien propriétaire : sur quoi sont fondées l'*action personnelle* de l'indû (*condictio indebiti* (1) : *l'action personnelle pour chose donnée, et cause non ensuivie* (*condictio causâ datâ, causâ non secutâ* (2) : la répétition

---

(1) C'est lorsqu'on a payé par erreur une chose que l'on croyait devoir, mais qui se trouve n'être pas due.

(2) C'est lorsqu'on redemande une chose, que l'on avait donnée, en vue de quelque autre qui a manqué.

des présents qu'un fiancé avait fait à sa fiancée, lorsque les noces ne s'ensuivent point : la faculté de se faire rendre une dot, après la dissolution du mariage, etc. (1).]

Dans la société civile, le seul consentement des parties ne suffit pas toujours pour transférer la propriété : il faut, outre cela, quelques formalités dont le défaut peut faire déclarer l'acte nul. Quelquefois aussi, la propriété passe de l'un à l'autre, sans le consentement du propriétaire. Et c'est ce qui donne lieu à la distinction que nous avons faite ci-dessus, §. II.

§. X. On peut juger par ce que l'on vient de dire, si la délivrance de la chose, *rei traditio*, est nécessaire, par le Droit naturel, pour le transport de propriété. Grotius soutient, avec raison, que par le Droit naturel, les conventions toutes seules suffisent pour cela, et que la délivrance de la chose n'y est nécessaire qu'en vertu d'un Droit civil, purement positif (2). Car la délivrance de la chose étant en elle-même un acte purement corporel et physique, elle ne saurait tranférer la propriété qu'en tant que le propriétaire donne par là à connaître qu'elle est son intention. D'où il suit, que tout autre signe qui marque, d'une manière également précise, cette intention, peut produire le même effet.

[190. Mais la raison décisive, à mon avis, c'est que la propriété étant un pouvoir moral, on

(1) *Voyez* DIGEST., lib. XXIV, tit. III, et COD., lib. V, tit. I.
(2) *Grotius*, lib. II, chap. VI, §. 1, et chap. VIII, §. 25, etc.

ne saurait concevoir que pour l'obtenir, il faille une action physique, telle que la délivrance de la chose. En effet, selon les maximes même du Droit civil, la possession une fois établie, ne demande pas, pour la conserver, une détention continuelle, et il n'est pas nécessaire d'avoir toujours dans sa main, ou sous ses yeux, les choses que l'on possède. *Licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest* (1). Pourquoi donc ne pourrait-on pas acquérir la propriété, qui est un Droit purement moral, par l'effet d'un simple accord, et sans aucune prise de possession ?]

Cependant comme la manière la moins équivoque de faire connaître l'intention où l'on est de transférer à quelqu'un la propriété d'une chose, c'est de s'en déssaisir, et de s'en dépouiller en sa faveur, on peut dire que la délivrance actuelle de la chose est un moyen très-propre par lui-même à transférer la propriété.

§. XI. Après ces principes généraux, il faut remarquer que les acquisitions dérivées se font ou par des actes *entre-vifs*, ou qu'elles ont leur effet *en cas de mort*. Les premières renferment toutes les conventions, tous les contrats où il entre quelque aliénation de propriété ; et c'est de quoi nous traiterons plus particulièrement dans la suite. Les autres comprennent les testaments et les successions *ab intestat*.

---

(1) Cod., lib. VII, tit. XXXII, leg. IV.

Des Testaments.

§. XII. Un *Testament* est un acte par lequel un propriétaire déclare qui sont ceux à qui il destine ses biens, et à qui il veut qu'ils appartiennent après sa mort : se réservant cependant, avec la possession et la jouissance, le pouvoir de révoquer l'aliénation, et de disposer autrement de ses biens avant son décès.

Le pouvoir de disposer de ses biens, par un testament, est une suite naturelle du Droit de propriété, et de l'ordre de la société. Car 1°. tout le monde tombe d'accord que chacun peut, entre vifs, et comme de la main à la main, transférer à autrui, ou absolument, ou sous de certaines conditions, le Droit de propriété qu'il a sur ses biens. Et si cela est, pourquoi ne serait-il pas permis de le transférer en cas de mort ? 2°. La destination qu'un propriétaire fait de ses biens à son héritier, lui acquiert donc quelque droit, du vivant même du testateur ; et si celui-ci persévère dans ces mêmes intentions jusqu'à sa mort, et que l'héritier l'accepte, le transport de propriété devient parfait ; et personne ne pourrait, sans injustice, s'emparer des biens du défunt, au préjudice de l'héritier. 3°. Si les biens d'un chacun demeuraient après sa mort, au premier occupant, et, pour ainsi-dire, au pillage, ce serait une source de désordres, de querelles, et d'inconvéniens. On verrait souvent des enfants, ou d'autres personnes, à la subsistance des-

quelles le défunt était tenu de pourvoir par quelque obligation naturelle, privés de ce qu'il leur destinait, après l'avoir acquis par son travail, et conservé par ses soins.

[191. Ajoutons encore une raison. Si un propriétaire comme tel, a droit de disposer de ses biens, comme il le juge à propos, pendant sa vie, je dis qu'il doit jouir du même droit, en tant que propriétaire, à sa mort. Car il dispose de ses biens en vie, parce qu'il en est le maître : or, il est aussi maître de son bien quelques minutes avant sa mort. En effet, il peut très-bien arriver qu'un propriétaire disposant de quelque partie de ses biens, lorsqu'il pense le moins de mourir, est saisi tout-à-coup d'une maladie mortelle, qui l'emporte quelques minutes après la donation faite. Dira-t-on que cette donation n'est valable que par les lois civiles? Toute la différence du cas que nous venons de rapporter d'avec celui d'un testateur, c'est que celui-ci est presque sûr de sa mort prochaine; au lieu que l'autre n'y pense point. Or, être sûr de sa mort prochaine, ou se la figurer éloignée, ce sont des circonstances qui ne doivent ni donner, ni ôter aux hommes, un Droit naturel. La raison alléguée par Puffendorf, que les morts n'ayant plus de part aux affaires de ce monde, il n'était pas nécessaire que l'établissement de la propriété s'étendît jusqu'à donner au propriétaire un pouvoir de choisir qui bon lui semble, pour succéder aux biens qu'il laisse en mourant; cette raison, dis-je, est trop faible pour

nous faire penser comme ce grand jurisconsulte. Car, d'abord le mourant est aussi bien maître de son bien, que s'il jouissait d'une santé parfaite; et c'est en cette qualité que le Droit naturel lui accorde le pouvoir de disposer de ses biens à sa volonté. D'ailleurs, si la raison de Puffendorf avait quelque force, elle devrait refuser aussi le pouvoir de faire des donations entre vifs aux hommes, et sur-tout aux vieillards, car tous les hommes à la fin doivent mourir, et les vieillards plutôt que les autres, et par conséquent tous étant par la mort dépouillés nécessairement des choses de ce monde, personne ne saurait régler leur usage après lui.]

C'est sur ces fondemens que la plupart des nations ont regardé la faculté de tester comme un Droit naturel, par lequel on se dédommageait, en quelque sorte, de la nécessité où l'on est, d'abandonner ses biens par la mort.

[192. Plutarque, après avoir dit que le législateur Solon permit aux Athéniens de faire un testament, ajoute que par là, « il rendit chacun » véritablement et pleinement maître de son » bien (1) ». Quintilien pose en fait que « la » possession de nos biens, nous pourrait être » désagréable, si l'on n'avait pas une entière » liberté d'en disposer, et si après avoir eu plein » pouvoir d'en disposer pendant sa vie, on en » était privé quand on meurt(2). » C'est en vertu

(1) Vit. Solon.
(2) Declamat. CCCVIII.

de ce Droit naturel, qu'Abraham avait résolu, s'il fût mort sans enfants, de laisser son bien à Eliézer.]

§. XIII. On établit pour maxime dans le Droit romain, qu'il n'y a rien que les hommes puissent exiger plus raisonnablement que d'avoir la liberté de disposer de leurs biens pour la dernière fois, et que les autres doivent respecter cette disposition. *Nihil est enim quod magis hominibus debeatur, quàm ut supremæ voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stilus, et licitum quod iterùm non redit arbitrium* (1).

[193. Il faut cependant remarquer, que quoique le pouvoir de tester soit une suite du Droit de propriété, quoiqu'en dise Puffendorf (2); pour empêcher un nombre infini de fraudes qui peuvent se glisser dans les testaments, et pour prévenir les grands démélés auxquels l'avarice et le désir d'attraper une chose aussi aisée à acquérir, qu'une bonne succession, aurait infailliblement donné lieu; les lois civiles ont, en divers lieux, réglé avec beaucoup de soin, les formes et les formalités d'un testament, en sorte qu'il n'y a rien sur quoi elles entrent dans un plus ample détail.

Il y a là-dessus deux questions fort agitées. Premièrement, on demande si celui qui a été institué héritier par un testament où il manque quelqu'une des formalités que le Droit civil

(1) Lib. I, C. de SS. Eccl., lib. I, tit. II.
(2) Lib. IV, chap. X, §. IV.

prescrit, peut, en conscience, recueillir la succession ? L'autre, si celui qui devait succéder *ab intestat*, peut, en conscience, faire casser un pareil testament, quoiqu'il soit certain que le testateur a voulu très-sérieusement donner ses biens à l'héritier institué ?

Quant à la première question, l'affirmative ne souffre point de difficulté; car le manque de formalités ne rend nul, par les lois civiles, un transport de droit, fait d'ailleurs avec mure délibération, que quand il tend à frustrer ceux qui par quelque autre raison, peuvent prétendre à la chose transférée. Lors donc que l'affaire n'est point portée en justice, ce manque de formalités n'annulle point l'acte, pourvu qu'il y ait d'ailleurs tout ce que la loi naturelle demande pour constituer un transport de droit. Mais si le testateur connaissant parfaitement les formalités, les a omises expressément, parce qu'il n'entendait pas sérieusement instituer héritier, celui que le testament appelle à l'héritage; ou si le testateur n'était pas en son bon sens; ou qu'il ait fait son testament à la hâte et à la sollicitation d'autrui plutôt que de son pur mouvement; ou enfin qu'il y ait de la fraude de la part des intéressés; l'héritier ne peut pas, en conscience, recueillir la succession; et il ne saurait se plaindre qu'on lui fait du tort; car outre que ses prétentions ne sont point fondées sur la proximité du sang (autrement il aurait succédé *ab intestat*), un citoyen ne peut acquérir, par un testament qui n'est pas conforme à la forme prescrite par

les lois, aucun droit valable, contre les oppositions de ceux qui ont droit d'ailleurs à la succession. Ainsi, il doit regarder comme un pur malheur, la perte qu'il fait des biens qui lui seraient revenus par ce testament, s'il eût été dressé dans les formes.

Par la décision de la première question, on voit aisément ce qu'on doit répondre à la seconde. Si celui à qui la succession échéoit, *ab intestat*, demande la cassation d'un testament, où il manque quelque formalité, il ne fait en cela proprement, aucun tort ni au testateur, ni à l'héritier nommé. Je dis qu'il ne fait aucun tort au testateur, car le testateur n'avait droit de disposer de ses biens en faveur d'autres héritiers que les légitimes, qu'en observant les formalités que les lois civiles prescrivent, puisqu'en suivant par ce testament plutôt les lois civiles que les lois naturelles, il fallait qu'il se conformât aux formalités qu'elles prescrivent. Il ne fait non plus aucun tort à l'héritier institué, car celui-ci ne pouvait acquérir aucun droit valable, au préjudice des héritiers légitimes, que par un testament conforme aux lois du pays.

Mais il y a eu des gens qui, par un principe de générosité et d'humanité extraordinaire, ont fait scrupule de ne pas laisser subsister les dispositions du testateur, quoiqu'il y eût quelque chose qui ne s'accordât pas bien avec les réglements des lois civiles; soit pour éloigner d'eux les soupçons d'avarice, soit par respect pour les dernières volontés d'une personne mourante. Pline

le jeune était dans ce sentiment. « Ce legs, » disait-il, est nul par le droit ; mais à consi- » dérer la volonté du défunt, il est valide ; et » pour moi (les jurisconsultes en penseront ce » qu'il leur plaira) la volonté du testateur est » plus sacrée que les lois : surtout quand il s'agit » de laisser à notre patrie, les effets de la libé- » ralité du défunt (1). » Il est beau sans doute d'imiter un tel exemple ; et ceux qui par le même principe, exécutent religieusement les derniers ordres, ou même les prières et les recommandations d'un parent ou d'un ami, quoiqu'il leur en coûte quelque chose, sont aussi très-louables, comme ces deux amis à qui Eudamidas de Corinthe laissa par son testament, à l'un de nourrir sa mère et à l'autre de marier sa fille (2). Mais on ne doit pas pour cela blâmer une personne, qui en faisant casser un testament défectueux, profite du bénéfice des lois.

Au reste, il faut consulter les lois de chaque état, pour savoir si un testateur peut partager ses biens entre plusieurs cohéritiers, ou entre héritiers et légataires ; comme aussi, si la succession doit passer à l'héritier, ou avec un plein droit de propriété, ou par *fideicommis*. On peut consulter principalement Domat dans la seconde partie des *Lois civiles dans leur ordre naturel ;* et les interprètes sur le DIGEST., lib. XXXVIII, et suiv., jusqu'au XXXIX exclusi-.

---

(1) Lib. V, Epist. VII, n°. 2.
(2) Lucian. *in Toxari*.

vement ; ou sur les Instit., lib. II, depuis le tit. X, jusqu'à la fin. Mais il est certainement de droit naturel, que l'héritier, quel qu'il soit, acquitte les dettes et les autres charges attachées à la succession, ensorte pourtant que, si ces biens ne suffisent pas pour cela, il n'est pas tenu de fournir du sien le surplus ; à moins qu'il ne s'y soit d'ailleurs engagé ou expressément ou tacitement, et c'est ce qu'il est censé faire, selon le droit Romain, dès qu'il accepte l'hérédité (1).

On distingue dans les testaments dont nous venons de parler, les *donations à cause de mort*, par lesquelles on transfère la propriété de ses biens, en cas de mort, à une personne vivante, qui le sait et qui y consent. Ces sortes de donations se font principalement en deux manières. L'une, lorsque croyant être en danger de mourir, on donne son bien, et on le remet actuellement entre les mains du donataire, ensorte pourtant que celui-ci n'en doit acquérir la propriété qu'au cas que le donateur vienne à mourir dans cette circonstance : c'est-à-dire, que, le péril passé, la donation est nulle. L'autre, c'est lorsqu'on se réserve la possession et la pleine jouissance de ce que l'on donne à quelqu'un en cas de mort, et de telle sorte que la donation peut être révoquée pour certaines raisons ; par exemple, si le donataire fait quelque grande injure au donateur, ou si le donateur vient à avoir des

(1) Digest., lib. XXIX, tit. II, *de Adquir. vel omit. heredit.*, leg. VIII.



enfants. Lorsqu'il dépend du pur bon plaisir du donateur de révoquer une telle donation, le donataire n'acquiert aucun droit, tant que le donateur a la faculté de changer de sentiment, c'est-à-dire, tant qu'il conserve l'usage de la raison. Le donataire n'acquiert même aucun droit par le testament sur la légitime, si, comme il a été dit, le donateur venait à avoir des enfants. Car comme on n'est proprement engagé à rien, lorsqu'on peut se dégager toutes les fois et quantes que l'on veut, sans rien exécuter; on ne saurait donner le nom de droit à une simple espérance, dont il ne tient qu'au caprice d'autrui de nous frustrer entièrement. Ainsi le donataire ne commençant à acquérir quelque droit qu'à la mort du donateur, cet acte tient fort du testament proprement ainsi nommé. L'on voit encore par-là, que le propriétaire, comme tel, peut disposer de ses biens par testament, indépendamment des lois civiles, comme nous avons remarqué plus haut. Car cette donation que le propriétaire fait sûrement comme tel, ne diffère du testament proprement dit que de nom; puisqu'on ne lui refuse ce nom, qu'à cause que la mort du donateur ne s'en est pas suivie; mais les actes en eux-mêmes ne diffèrent point. Mais si, croyant être sur le point de mourir, on donne manuellement quelque chose à un autre, de telle sorte qu'il en devienne maître dès-lors, et que l'on ne puisse point révoquer la donation au cas que l'on échappe du danger, où l'on se trouve; c'est plutôt une *donation entre-vifs* qu'une *donation*

à cause de mort. Ubi ita donatur mortis causâ, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causâ donatio; et ideo perinde haberi debet atque alia quævis inter vivos donatio (1)]

XIV. On demande encore, si un testament doit être un acte révocable, ou irrévocable ? Je réponds : 1°. Qu'il faut disposer de ses biens en homme sage, et que l'on ne doit pas changer de volonté légérement ou par caprice. 2°. Cependant, comme quelque mûre délibération qu'on y apporte on peut aisément se tromper dans le choix de ses héritiers, ou se laisser prévenir par quelque personne rusée, ou même changer d'inclination ; et que d'ailleurs il arrive quelquefois des cas imprévus, d'où il résulterait de grands inconvéniens, si la disposition qu'on a une fois faite de ses biens devait subsister invariablement ; il est très-naturel qu'on ne se lie pas les mains à soi-même, et que l'on établisse pour règle, que la mort seule fixe entièrement la volonté d'un testateur. 3°. Ainsi la maxime du droit Romain paraît très-sage, *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum* (2).

---

(1) Digest., lib. XXIX, tit. VI, *de Mortis causâ donation.* leg. XXVII.

(2) Lib. IV. D. *De adim. vel transf.*, leg. Digest., lib. XXXIV, tit. IV.

Des Successions ab intestat.

XV. Mais si quelqu'un vient à mourir sans avoir disposé de ses biens, à qui doivent-ils appartenir ? On ne saurait présumer que dans ces circonstances un propriétaire ait voulu abandonner ses biens au premier occupant, et les laisser, pour ainsi dire, au pillage. Cela serait également contraire et à l'inclination générale des hommes, et au bien des familles, et au repos du genre humain, et même au devoir. Il est donc plus raisonnable de penser, que si quelqu'un vient à mourir *ab intestat*, son intention est que ses biens passent aux personnes qui lui étaient les plus chères, à en juger par les sentimens naturels des hommes, et même par leur devoir. C'est suivant ce principe qu'il est établi chez la plupart des nations, pour règle des successions *ab intestat*, que les biens doivent passer aux plus proches parents du défunt.

La nature elle-même nous indique cette route. C'est elle qui nous inspire l'inclination de pourvoir le plus avantageusement qu'il est possible aux besoins et aux intérêts de notre famille ; nous souhaitons tous de la laisser dans un état florissant.

Le devoir se joint à l'inclination à l'égard des enfants, dont la nourriture et l'éducation sont fortement recommandées aux pères et aux mères par la nature elle-même, qui d'ailleurs leur inspire les sentimens de la plus grande tendresse.

Ces enfants sont donc les premiers comme les plus proches héritiers d'une personne qui meurt *ab intestat*. C'est ce que les jurisconsultes Romains ont bien senti. *Cùm ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure civili suorum heredum nomen introductum est, ac ne judicio quidem parentis, nisi meritis de causis summoveri ab ea successione possunt* (1).

[194. Ces présomptions sont assez fortes pour établir le droit des enfants, tellement que quand même il arriverait, qu'elles ne s'accorderaient pas effectivement avec la volonté du défunt, le bien de la paix demande que l'on n'admette pas aisément des conjectures particulières qui l'emportent sur ces conjectures générales ; ce qui produirait un grand nombre de contestations. Ainsi, dans cette matière, la volonté du défunt n'est pas tant présumée telle qu'elle a été, que telle qu'elle devait être, conformément aux devoirs de l'homme, entre lesquels un des plus considérables, est de ne pas donner occasion aux querelles et aux procès. Il était donc de l'intérêt de la société humaine, d'établir une règle générale, quand même elle pourrait contredire la volonté d'un petit nombre de gens, plutôt que de s'embarrasser et d'embarrasser les autres, pour

---

(1) Digest., lib. XLVIII, tit. XX, *de Bon. damnat.*, leg. VIII.

tâcher de contenter tout le monde, dans une infinité de difficultés épineuses et d'inconvéniens fâcheux. D'autant plus que si quelqu'un veut absolument qu'on suive après sa mort la volonté particulière où il est au sujet de la disposition de ses biens, il ne tient qu'à lui de la déclarer d'une manière authentique. On voit quelquefois, qu'un père, par exemple, a pour quelqu'un de ses enfants une tendresse toute particulière; et en ce cas-là qui doute qu'il ne veuille l'avantager? Cependant s'il meurt sans tester, ses biens sont partagés également entre ses enfants; de sorte que celui qui a été son mignon n'hérite rien de plus que les autres; et même s'il est cadet et qu'il dépende d'un pays où les lois prorogent l'aîné, il est réduit au pécule déterminé par l'usage. Ce n'est pas que le droit naturel défende à un père d'avantager quelqu'un de ses enfants; mais si dans le partage de la succession, il fallait se régler sur le degré de tendresse que le défunt avait pour eux, il naîtrait de-là une infinité de disputes et de querelles entre les frères. Le même inconvénient s'ensuivrait, lorsqu'un homme étant mort sans enfants, laisse plusieurs frères dont il aimait l'un plus que l'autre.

Il arrive aussi souvent qu'il ne reste que quelque parent éloigné, avec lequel le défunt n'a jamais eu de liaison particulière; pendant qu'il doit toute sa fortune à un étranger. Peut-on douter qu'en ce cas le bienfaiteur n'ait été beaucoup plus cher au défunt, que le parent? Cependant comme la comparaison qu'il aurait fallu faire

entre le degré de parenté et le degré de reconnaissance aurait fourni matière à des procès très-embrouillés, on a trouvé bon parmi tous les peuples, d'établir qu'à moins que le défunt n'eût expressément préféré son bienfaiteur à ses parents (car, en ce cas-là, il est très-juste de se conformer à sa volonté), le parent le plus éloigné serait préféré au bienfaiteur; d'autant plus que, si le contraire avait lieu, les bienfaits se réduiraient à un commerce intéressé, où le bienfaiteur retirerait avec usure ce qu'en apparence il aurait donné gratuitement. D'où il paraît, que les maximes naturelles de la raison, qui décident des *successions ab intestat*, n'ont pas égard à la volonté précise du défunt, de laquelle souvent on n'est guère assuré; mais à celle que l'on suppose qu'il devait avoir selon l'inclination naturelle, et les devoirs communs des hommes, et à ce qui est le plus propre au bien de la paix.

Il faut remarquer pourtant que le Droit naturel, aussi-bien que les lois civiles, est ici plus favorable aux enfants légitimes qu'aux naturels, quoique les autres participent également au sang de leur père. Car ceux qui sont venus au monde par une suite d'un commerce vague, et où leur père ne se proposait que de satisfaire sa passion, ne peuvent nullement prétendre être regardés sur le même pied que ceux qu'il a mis au monde pour perpétuer sa race, et pour laisser des héritiers qui le représentent. Il est bien permis de légitimer les premiers; mais il faut que ce soit sans faire préjudice aux enfants légitimes, ou à ceux qui

ont acquis d'ailleurs quelque droit sur nos biens, supposé que l'on vive dans l'indépendance de l'état de nature ; et d'une manière conforme aux réglements des lois civiles, si l'on est membre d'un état.

Ajoutons encore ici avec Grotius deux exceptions, qui empêchent que les enfants ne succèdent *ab intestat* aux biens de leur père. L'une est, « si l'on n'a pas des assurances suffisantes, » qu'ils soient véritablement ses enfants : » L'autre : « s'il y a des preuves que le père n'a pas » voulu que son enfant héritât (1). » En effet, quant à la première exception, on n'a pas une tendresse paternelle pour les enfants d'autrui, et les présomptions de la volonté cessent du moment que le contraire paraît manifestement. Or, on ne peut pas toujours prouver par des raisons ou par des témoignages incontestables, qu'un tel est père d'un tel ; comme l'on peut assurer qu'une telle est mère d'un tel. La principale preuve sur quoi l'on compte ici, c'est l'engagement du mariage, où la femme promet solennellement à son mari de n'accorder la jouissance de son corps à d'autres qu'à lui : et le mari, d'autre côté, acquiert le droit de diriger sa femme et de veiller à sa conduite. Ainsi on présume toujours qu'une femme n'a point violé la foi conjugale, qu'un mari s'est servi de son pouvoir pour l'en empêcher, et que s'il a aperçu l'infidélité de sa femme, il a

(1) Liv. II, chap. VII, §. VII et VIII.

profité du bénéfice des lois pour la constater. De sorte que chacun est en possession de passer pour le fils du mari de sa mère, tant que le contraire n'est pas démontré. *Semper certa est* (*mater*) *etiamsi vulgò conceperit. Pater vero is est quem nuptiæ demonstrant* (1).

A l'égard de l'autre exception, elle a lieu, ou lorsqu'un père a chassé et comme renoncé pour sien un de ses enfants, de son vivant, ce qui s'appelle *abdication*, ou lorsqu'il l'a *déshérité* par son testament. Le premier était fort en usage parmi les Grecs, et l'autre chez les Romains. C'est pourtant avec beaucoup de sagesse, que les lois romaines voulaient, qu'un père, qui déshéritait son enfant, en marquât expressément les raisons, et que toutes ne fussent pas recevables. On donnait même aux enfants exhérédés une action qui s'appelait *plainte d'inofficiosité* (2), par laquelle ils faisaient examiner en justice, non si le testateur avait eu le pouvoir de donner ses biens, pour des justes causes, à d'autres qu'à ses enfants: mais seulement si les raisons qui l'avaient porté à faire une disposition si contraire aux sentimens naturels étaient suffisantes. Ce n'est pas, au reste, que j'approuve la maxime de ceux qui pensent que ceux qui ont des enfants, n'amassent du bien que pour eux, et que les enfants ont quelque droit sur les biens paternels et maternels au-delà de la subsistance, du vivant même de leur père et de

(1) DIGEST., lib. II, tit. IV, *de in jus vocando*, leg. V.
(2) Inofficiosi querela.

leur mère : en sorte que ceux-ci ne peuvent les en frustrer. Rien n'est plus faux, ni plus dangereux aux enfants eux-mêmes. Car en amassant du bien, chacun pense premièrement et principalement à soi-même, et un ancien poète exprime très-bien ce sentiment, lorsqu'il dit :

Utar, et ex modico, quantum res poscet, acervo
Tollam, nec metuam quid de me judicet heres,
Quod non plura datis invenerit.... (1)

Enfin, le droit qu'on appelle *de représentation*, est fondé sur ce que les pères et les mères sont obligés de nourrir non-seulement leurs enfants, mais encore les enfants de leurs enfants, et ainsi de suite, si ceux-ci se trouvent orphelins. Le *Droit* donc *de représentation* est celui par lequel les enfants entrent à la place de leur père décédé, ensorte qu'ils héritent de ce qui lui reviendrait, s'il était encore en vie ; et qu'ainsi ils succèdent par tige conjointement avec ceux qui sont au même degré qu'était le défunt. *Sine dubio nepos filii loco succedit* (2). En effet, il serait bien triste que des enfants, qui se voyent privés de leur père par une mort prématurée, fussent, outre cela, privés des biens qu'ils avaient lieu d'espérer ou par le bénéfice des lois, ou par la destination de leurs aïeux. Mais comme je l'ai

(1) Horat., lib. II, *Epist.* II.
(2) Digest., lib. II, tit. VI, *de His qui sui vel alieni juris sunt.*, leg. VII.

dit, ils succèdent *par tiges* : succession (*successio per stirpes*) qui est distinguée de la *succession par tête* (*successio in capita*), en ce que, dans la dernière, chacun des cohéritiers a une portion égale ; au lieu que, dans l'autre, plusieurs enfants n'ont tous ensemble qu'une portion de l'hérédité égale à celle qu'aurait eue leur père, et à celle qu'ont chacun des autres cohéritiers qui sont au même degré qu'était celui qu'ils représentent. *Quotcunque autem nepotes fuerint ex uno filio, pro uno filio numerantur* (1).

Disons encore quelque chose de la légitime des enfants. La *légitime* est une portion assurée par la loi sur la part héréditaire que l'on aurait eue, sans les dispositions entre-vifs ou testamentaires qui ont donné atteinte à cette part. Papinien dit que la légitime est *quarta legitimæ partis* : ce qui nous indique l'origine de la *légitime*. La légitime des enfants n'était dans l'ancien Droit romain que d'un quart de la portion qu'ils devaient avoir ab intestat : *quarta debitæ portionis*. Ainsi un fils unique avait pour sa légitime le quart des biens, et s'il y en avait deux, ils avaient chacun le quart d'une moitié, c'est-à-dire un huitième ; et ainsi à proportion suivant leur nombre. Justinien reconnut que cette légitime ne suffisait pas, et il l'augmenta, mais modérément, distinguant la légitime selon le nombre des enfants, et leur donna à tous quand ils seraient au

(1) Loc. cit., leg. II, §. 7.

nombre de quatre ou au-dessous, le tiers de tous les biens, et la moitié quand ils seraient cinq ou un plus grand nombre. Nos Coutumes l'ont fait monter jusqu'à la moitié des biens paternels et maternels (1); ainsi nous ne devons pas être surpris si nos enfants se regardent de fort bonne heure comme maîtres des biens paternels et maternels au grand préjudice de leur éducation.

On doit avertir ici qu'il faut excepter du nombre des enfants à qui il est dû une légitime, les filles qui par leur contrat de mariage ont renoncé aux successions, moyennant une dot. Car encore que cette dot puisse être moindre que leur légitime sur les biens de leurs pères qui les ont dotées, l'incertitude des événemens qui peuvent diminuer ces biens, fait un des motifs qui rendent juste une renonciation à un bien à venir et incertain, pour une dot certaine et présente.

Mais la légitime est-elle de Droit naturel? Si nous prenons ce mot à la rigueur, c'est-à-dire pour la quatrième partie des biens dus à l'héritier présomptif, il est clair que comme elle tire son origine, suivant l'opinion de la plupart des jurisconsultes, de la loi *Falcidia*, faite sous le triumvirat d'Auguste, elle n'est point due au Droit naturel. Mais si par la *légitime*, on entend la nourriture qu'un père et une mère doivent à leurs enfants, Grotius (2) semble pencher pour l'affirmative, parce qu'elle « renferme, dit-il,

(1) Coutumier du pays de Vaud, par Boive; tom. I, pag. 53.

(2) Liv. II, chap. VII, §. IV, nº. 5.

» une portion de biens nécessaire à leur entre-
» tien. » Mais, un père est-il obligé de nourrir ses enfants toute leur vie? Après que le père a élevé ses enfants, et qu'il les a mis en état de gagner leur vie, je ne vois pas que le Droit naturel lui prescrive d'autres obligations envers ses enfants; et il peut disposer alors de ses biens en faveur des personnes qui lui sont les plus chères; de sorte que si ses enfants n'ont pas gagné son amitié par les égards qui, par Droit naturel, lui étaient dus, le père peut les priver entièrement, suivant le Droit naturel, de ses biens, et en disposer en faveur de toute autre personne. Si les enfants héritent de leurs pères, ce n'est pas tant en vertu d'une loi expresse du Droit naturel, que parce que ordinairement il n'y a personne pour qui les pères et mères s'intéressent plus, que pour leurs enfants. Mais si les enfants manquent à ce qu'ils doivent par Droit naturel aux pères et mères, jusqu'à éteindre chez ceux-ci cette amitié qui les faisait s'intéresser pour le bonheur de leurs enfants, je ne vois aucun principe du Droit naturel d'où on puisse tirer l'obligation des parents à disposer de leurs biens en faveur de leurs enfants, en les regardant comme s'ils ne leur appartenaient point. Au reste la nature de mes raisons fait voir que je parle des enfants en âge et en état de se procurer par eux-mêmes leur entretien, et qui ont pu par leur mauvaise conduite désobliger leurs parents. Ainsi l'obligation de la légitime est entièrement fondée sur le droit civil, qui, pour le bien des enfants eux-

mêmes, aurait du la restreindre à la simple nourriture des enfants jusqu'à l'âge propre pour la gagner eux-mêmes.]

§. XVI. Au défaut de descendants, il est juste que l'on défère la succession aux ascendants, et que les biens retournent au père ou à la mère ou aux aïeux. 1°. En reconnaissance des obligations que le défunt avait à son père et à sa mère. 2°. Parce que, pour l'ordinaire, c'est des pères et mères que viennent ces biens, ou du moins le premier fonds. 3°. Enfin, parce qu'il est tout-à-fait raisonnable qu'un père, qui, contre le cours ordinaire de la nature, survit à ses enfants, ait du moins dans sa douleur la triste consolation d'hériter des biens qu'ils laissent. *Nam et si parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentūm et naturalem ergà filios caritatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minùs parentibus quàm liberis piè relinqui debet* (1).

§. XVII. Si le défunt ne laisse ni père, ni mère, ni enfants, les collatéraux sont naturellement appelés à la succession, selon leur degré de proximité, suivant lequel on présume qu'ils étaient plus chers au défunt. C'est aussi ce que demande le bien des familles. Tel est l'ordre naturel des succession ab intestat.

L'on pourrait objecter ici, qu'il arrive quel-

(1) L. 15, pr. D. *De Inoff. Test.*, lib. V, tit. II; Adde l. 26. *De si quis omiss. caus. test.*, lib. XXIX, tit. IV; l. 28. C. *De Inoff. Test.*, liv. III, tit. XXVIII.

quefois que l'on aime mieux un ami, à qui des bienfaits ou une inclination particulière nous lient, que des parents; et que par conséquent les amis particuliers devraient l'emporter sur des parents dans les successions ab intestat.

Mais plusieurs raisons justifient la préférence que nous avons donnée aux parents. 1°. Et premièrement, quand il est question d'établir une règle générale dans les successions ab intestat, il faut avoir égard à ce qui arrive le plus communément; or il est certain que pour l'ordinaire on veut plus de bien à ses parents qu'à des amis étrangers. 2°. Il ne faut pas seulement considérer ici les sentimens favorables du défunt pour telle ou telle personne, mais il faut encore faire attention à ce que demande le bien des familles. 3°. S'il fallait préférer les amis aux parents, cela donnerait lieu à une infinité de contestations et de querelles, soit entre les parents et les amis, soit entre les amis eux-mêmes. Rien n'est plus facile que de juger des degrés de parenté; mais il est impossible de marquer les degrés d'amitié d'une manière si précise. Et une première attention qu'il faut faire dans l'établissement des règles générales, c'est d'avoir principalement en vue le bien de la paix. 4°. Enfin, si l'intention du défunt avait été de faire passer ses biens, ou en tout, ou en partie, à quelque ami, il lui était aisé de s'expliquer là-dessus; de sorte que ne l'ayant pas fait, on a tout lieu de croire que ce n'était pas son intention.

§. XVIII. Au reste, quand nous rapportons

au Droit naturel les règles que nous venons d'établir sur les successions testamentaires et ab intestat, nous voulons seulement dire, qu'à prendre les choses en général, ces règles n'ont rien que de conforme à la raison, à l'ordre de la nature, et au bien des familles, et qu'elles sont d'ailleurs très-propres à éviter les contestations, et à conserver la paix. Mais cependant rien n'empêche que les lois civiles ne modifient les principes que nous avons établis en différentes manières. Les lois naturelles, prises à la rigueur, ne déterminent pas toutes choses, avec la dernière précision : elles se contentent d'établir des principes généraux, et elles laissent ensuite à la prudence de l'homme à faire l'application de ces principes, et à les modifier de la manière la plus convenable au bien de la société.

[195. Aussi ne voit-on point de matière de jurisprudence, sur quoi les lois civiles entrent dans un plus ample détail, non seulement pour prévenir les disputes des parents, mais encore parce qu'il est bon que cela soit réglé d'une manière conforme à l'intérêt de l'Etat.

Il faut enfin remarquer qu'il y a ceci de commun entre les héritiers testamentaires et les héritiers, *ab intestat*, que les uns et les autres doivent payer les dettes du défunt ; et cela non pas tant en vertu d'un engagement tacite où ils sont entrés, que parce que cette charge suit les biens qui sont comme hypothéqués pour le paiement de ce que le défunt doit ; car chacun n'a de bien qu'autant qu'il lui en reste, toutes les dettes

acquittées. La prudence veut donc que l'héritier prenne les précautions prescrites par les lois, avant que de faire acte d'héritier.]

De la Prescription.

§. XIX. Il y a une autre sorte d'acquisition dérivée qu'il ne faut pas passer sous silence ; c'est celle qui se fait par la prescription.

La prescription est un acte par lequel pour avoir joui long-temps sans opposition et sans interruption d'une chose appartenante à autrui, mais que l'on possède de bonne foi et à juste titre, on en acquiert enfin la pleine propriété, en sorte que l'ancien propriétaire perd son droit sur cette chose, et ne peut plus la réclamer. C'est ce que les jurisconsultes romains appellent usucapion (*usucapio, quod res capiatur usu*), à cause que l'on prend, pour ainsi-dire, la propriété de la chose, par l'usage ou par la longue possession. *Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti* (1).

[196. Les anciens Romains ne connaissaient la *prescription* que sous le nom d'*usucapion ;* et aujourd'hui même on confond très-souvent ces deux termes, quoique la *prescription*, proprement dite, soit le droit résultant de la possession fixée par la loi pour prescrire, c'est-à-dire, après le terme de l'usucapion expiré.

---

(1) L. 3. D. *De Usurp. et Usucap.*, liv. XLI, tit. III.

Suivant le Droit romain, toute personne capable d'acquérir quelque chose en propre, pouvait prescrire valablement. On acquérait aussi, par droit de prescription, toutes sortes de choses, tant mobiliaires, qu'immeubles, à moins qu'elles ne se trouvassent exceptées par les lois; et, alors, elles étaient appelées imprescriptibles. Telles étaient les *personnes libres*, les *choses sacrées* et les *sépulchres*: les *biens d'un pupille*, les *choses dérobées* ou *prises par force*; les *esclaves fugitifs*; les *lieux publics*; les *biens qui appartiennent au public*; ce *qui est du fisc* et du *domaine du prince*.

Quant à la *possession de bonne foi*, condition nécessaire pour prescrire, suivant le Droit romain, il suffit que l'on ait été dans cette bonne foi au commencement de la possession: *ut in his omnibus casibus ab initio eam bonâ fide capiat, etc.* (1). Mais cette décision est contraire à l'équité naturelle. Car, l'établissement de la propriété ayant imposé à quiconque se trouve en possession d'un bien d'un autre, sans son consentement, l'obligation de faire en sorte, autant qu'il dépend de lui, que la chose retourne à son véritable maître, il s'ensuit naturellement, que dès que nous nous apercevons que ce que nous possédons appartient à autrui, nous devons le lui rendre. D'ailleurs, on n'acquiert le droit de prescription qu'après le terme de l'usucapion ex-

(1) Cod., lib. VII, tit. XXXI, etc.

piré ; mais l'usucapion se change en usurpation dès le moment que le possesseur se reconnaît possesseur de mauvaise foi.]

§. XX. Cette manière d'acquérir la propriété, considérée en elle-même, a son fondement dans les lois naturelles ; elle est une suite du but même de la propriété et nécessaire pour la sûreté du commerce. Il est vrai que c'est une règle de justice, que l'on ne doit pas priver quelqu'un malgré lui d'une chose qui lui appartient légitimement, et que le consentement du propriétaire est nécessaire pour transporter à un autre, son Droit de propriété. Mais l'usage même et le but de la propriété demandent que l'on ne donne pas une étendue illimitée à ce principe, mais que l'on y apporte les modifications que la tranquillité de la société et la sûreté du commerce exigent nécessairement. Or, le principal but que les hommes se sont proposé dans l'établissement de la propriété et du commerce, c'est de pourvoir aux besoins et aux commodités de la vie, en s'assurant la possession des choses qui leur étaient nécessaires pour cela. Mais quelle sûreté y aurait-il dans tout cela, si un possesseur qui a acquis une chose, de bonne foi, et à juste titre, d'une personne qu'il croyait, et qu'il avait raison de croire le légitime propriétaire, quoiqu'elle ne le fût pas, était éternellement exposé à se voir dépouillé de ce qu'il a acquis de cette manière, par celui à qui cette chose appartenait originairement ? On ne pourrait presque compter sur rien de ce que l'on possède, et l'on se verrait tous

les jours en péril d'être privé des choses qui nous sont les plus nécessaires. Il fallait donc pour la paix du genre humain, pour la tranquillité des familles, et pour mettre fin aux querelles et aux procès, assurer, après un certain temps, aux possesseurs de bonne foi, un droit incontestable sur ce qu'ils possédent.

§. XXI. D'un autre côté, l'équité naturelle demande, qu'en même temps que l'on pourvoit à la sûreté du possesseur de bonne foi, on pense aussi à l'intérêt de l'ancien propriétaire; et pour cela il faut que le terme de la prescription ne soit ni trop long, ni trop court. Il faut qu'il ne soit pas trop court, afin que le premier propriétaire ait un temps convenable pour chercher et pour recouvrer son bien. Mais aussi, il ne doit pas être trop long, afin que les possesseurs de bonne foi, soient une fois assurés de quelque chose.

Dans ces circonstances, un propriétaire qui, pendant un temps considérable, n'a point réclamé son bien, doit renoncer de bonne grâce à ses prétentions : et comme on ne saurait reprocher ni dol, ni faute au possesseur de bonne foi, le premier maître doit envisager la perte de sa propriété comme un simple malheur dont la raison veut qu'il se console.

Tels sont les fondemens et les principes naturels de la prescription; d'où il paraît que c'est avec raison que les jurisconsultes romains disent que, *bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diù et ferè semper incerta Dominia essent, cùm sufficeret Domino,*

ad inquirendas res suas, statuti temporis spatium (1).

De l'acquisition des Accessoires.

§. XXII. Ce que nous venons d'expliquer, regarde les acquisitions principales ; ajoutons quelque chose des acquisitions accessoires. On entend par les *accessoires*, toute augmentation, amplification, accroissement, ou bonification, qui peut survenir à une chose qui nous appartient.

§. XXIII. On peut les réduire à deux classes : l'une, de ceux qui proviennent uniquement de la nature même, et sans que les hommes aient aucune part à leur production ; l'autre, de ceux qui doivent leur origine, ou en tout ou en partie, au fait des hommes, à leur industrie, ou à leur travail.

La règle générale que l'on donne ici, c'est que les accessoires appartiennent au maître de la chose même à laquelle ils surviennent, *accessorium sequitur principale*. Mais quelque simple que paraisse cette règle, elle demande quelques éclaircissemens.

1°. Lorsque l'accessoire ou l'accroissement qui survient à une chose, n'était à personne, ou qu'il provient de la nature seule, ou enfin qu'il est produit par le fait de celui-là même à qui la chose principale appartient ; alors, sans contredit, l'accessoire suit le principal. C'est ainsi que

(1) L. 1 D. *De Usurp. et Usuc.*, lib. XLI, tit. III.

les fruits des arbres ou d'une campagne appartiennent au propriétaire du fonds, soit que ces fruits soient produits par la nature seule, soit que l'industrie et la culture y aient contribué. Cela suit de la propriété. C'est en conséquence du même principe, que si quelqu'un possède un fonds au bord d'une rivière, et que la rivière chariant du sable ou des pierres, augmente invisiblement le terrain, cet accroissement appartient au propriétaire du fonds. C'est ce que les jurisconsultes appellent *alluvion*.

2°. Mais lorsque l'accessoire est, ou en tout ou en partie, à une autre personne, et qu'il survient ou par le travail ou par l'industrie d'autrui, ou par quelque accident naturel, alors il résulte de là une espèce de communauté, ou une occasion d'acquérir le bien d'autrui ou le produit de son industrie, soit en conséquence de quelque principe d'équité, soit par un accord des parties, ou en vertu de quelque loi positive. Eclaircissons cela par quelques exemples.

Si l'on suppose qu'il se fasse un mélange de matières appartenantes à différentes personnes, comme de liqueurs, de grains ou de métaux, ce qui en résulte appartient en commun aux différents propriétaires, à proportion de la part que chacun y a. *Si duorum materiæ ex voluntate Dominorum confusæ sint, totum corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est : veluti, si qui vina sua confuderint, aut massas auri vel argenti conflaverint, etc. Quod si fortuitò, et non voluntate Dominorum, con-*

fusæ fuerint, vel diversæ materiæ, vel quæ ejusdem generis sunt, idem juris esse placuit (1).

Mais si quelqu'un a mêlé son bien ou son travail avec le bien d'autrui, de mauvaise foi, il mérite, à la rigueur, de perdre sa peine ou son bien. Ainsi, si quelqu'un a planté des arbres, ou semé des grains dans un fonds qu'il savait bien n'être pas à lui, le maître du fonds n'est point obligé de lui laisser reprendre les arbres ou de partager les grains avec lui. Il est même en droit de se faire dédommager, s'il lui est revenu quelque préjudice de ce que sa terre a été occupée et employée à d'autres usages que ceux auxquels il la destinait.

Il peut, cependant, y avoir des circonstances où, par un motif d'humanité, le propriétaire du fonds se porte à dédommager l'autre, comme s'il gagnait réellement à ce qui a été fait (2).

§. XXIV. Celui au bien duquel une chose a été jointe et incorporée, soit par le fait innocent de celui-là même à qui elle appartenait, ou sans qu'il y ait aucune part, doit, toutes choses d'ailleurs égales, avoir l'ouvrage ou le composé qui en résulte ; en telle sorte néanmoins que s'il gagne quelque chose, il est obligé de dédommager l'autre. La raison en est, qu'il y a pour l'ordinaire, quelque imprudence dans celui qui s'est mépris, et quand même il n'aurait contri-

(1) Instit., lib. II, tit. I, §. 27.
(2) *Vid.* l. 11. C. *De rei vind.*, III, 32.

bué en aucune manière au mélange, ce n'est pas la faute de l'autre. Si, par exemple, quelqu'un a, de bonne foi, semé dans le champ d'autrui, le propriétaire du champ aura la récolte ; mais il doit rembourser la valeur de la semence et les frais, perce qu'il en profite (1).

§. XXV. Enfin, il faut encore remarquer, que si la peine de l'un des deux est aisément susceptible de remplacement, et que celle de l'autre ne le soit pas (supposé qu'il n'y ait d'ailleurs aucune mauvaise foi de part ni d'autre), le premier doit se contenter d'un équivalent, ou d'un dédommagement convenable, puisque, dans ces circonstances, il ne perd rien, au lieu que l'autre y perdrait beaucoup. C'est en conséquence de ces principes, que les écrits doivent demeurer à celui qui les a faits, et non au propriétaire du papier ; le tableau au peintre et non au maître de la toile, etc.

CHAPITRE X.

Des Devoirs qui résultent de la propriété des biens.

§. I. Ces devoirs peuvent être considérés en deux manières ; car il y en a qui regardent le propriétaire même, et d'autres qui regardent les autres hommes.

(1) *Vid.* INSTIT., lib. I, tit. II, §§. 31, 32.

§. II. 1°. Et premièrement à l'égard du propriétaire lui-même, il est obligé d'observer dans l'usage de son droit, toute la loi naturelle. Et ce serait sans doute un abus criminel, que de se servir de ses biens d'une manière qui tournât au mépris de la Divinité, au préjudice du prochain, ou de nous-mêmes. Au contraire, nous devons employer nos biens à procurer la gloire de Dieu, bien entendue; en suite à l'avantage des autres hommes, suivant les règles de la justice, de l'humanité et de la prudence; et enfin pour notre propre utilité, conformément au principe de la sagesse et de la modération.

2°. Pour ce qui regarde les autres hommes, chacun est indispensablement tenu envers tout autre qui n'est pas son ennemi, de le laisser jouir paisiblement de ses biens et de ne point les endommager, faire périr, prendre ou attirer à soi, ni par violence, ni par fraude, ni directement, ni indirectement. Par là, sont défendus le larcin, le vol, les rapines, les extorsions, et autres crimes semblables, qui donnent quelque atteinte au droit que chacun a sur ses biens. C'est donc avec raison que les jurisconsultes romains disent que le vol est contraire au Droit naturel. *Furtum est contrectatio fraudulosa rei alienæ, lucri faciendi gratiâ, vel ipsius rei, vel etiam usûs ejus, possessionisve; quod lege naturali prohibitum est admittere* (1).

---

(1) Digest., lib. XLVII, tit. II, *de Furtis*, leg. I, §. 3.

[197. « La Divinité, disait un ancien poète » Grec, déteste toute violence : elle veut que » chacun s'enrichisse par des voies légitimes, » et non pas en prenant le bien d'autrui. Re- » nonçons donc aux richesses mal acquises : car » la terre, aussi bien que l'air, appartiennent en » commun à tous les hommes, et ils peuvent y » trouver de quoi augmenter leurs biens, sans » retenir où enlever ceux des autres (1) ».

§. III. 3°. Si le bien d'autrui est parvenu entre nos mains, par un effet de la volonté du propriétaire, cette même volonté fait ici la loi; et la convention qui est intervenue, à ce sujet, sert également de règle, et au propriétaire lui-même, et au possesseur, sur ce qu'ils se doivent réciproquement. Mais si le bien d'autrui est tombé entre nos mains, à l'insu du propriétaire, ou même malgré lui; dans ces circonstances, un possesseur de mauvaise foi, est indispensablement obligé, non-seulement à restituer la chose à son véritable maître, mais encore à lui tenir compte de tous les fruits dont il a été privé, et à le dédommager à tous égards. C'est une suite de la seconde règle posée ci-dessus, et de la règle générale qui nous ordonne de ne faire du mal à personne, et en conséquence de réparer le dommage que nous pouvons avoir causé.

§. IV. 4°. A l'égard d'un possesseur de bonne foi, c'est-à-dire, qui a acquis une chose de quel-

(1) Euripide *Helen.*, V. 909 et suiv.

qu'un dans la pensée que celui-ci était le véritable propriétaire, quoiqu'il ne le fût pas, les jurisconsultes ne sont pas bien d'accord entre eux sur ce que la loi naturelle exige de lui. En général, à considérer la chose par le Droit naturel, et indépendamment de la disposition des lois civiles, la bonne foi semble devoir produire en faveur du possesseur le même effet que la propriété, aussi longtemps que le véritable maître ne paraît pas. *Bona fides tantùmdem possidenti præstat, quantùm veritas, quoties lex impedimento non est* (1). Par conséquent, tous les revenus et tous les fruits lui appartiennent légitimement.

[198. En effet, un des principaux usages des biens que chacun possède, étant d'entrer dans le commerce de la vie, et cet usage demandant que le possesseur de bonne foi soit réputé à tous égards légitime propriétaire, un tel possesseur n'est obligé à rendre que ce qui est en nature, c'est-à-dire, ce dont il ne s'est point encore défait ; car autrement il ne tient plus rien, et ainsi il ne peut rien rendre. De plus, tout ce que le possesseur de bonne foi a fait et exécuté comme tel, au sujet du bien d'autrui, qu'il a lieu de croire sien, est aussi valide, par rapport à lui, que s'il avait disposé d'une chose à quoi aucun autre n'eût rien à prétendre; et le profit qui peut lui être revenu de ce bien pendant qu'il l'a possédé de bonne foi,

(1) Digest. lib. L, tit. XVII, *de Div. reg. jur.*, leg. CXXXVI.

ou lorsqu'il s'en est défait, lui appartient par conséquent. Car comme il était et qu'il devait être censé véritable propriétaire, les droits et les émolumens de la propriété lui compétent absolument, jusqu'à ce qu'il n'ait plus lieu de s'attribuer cette qualité. Et alors, si l'ancien maître recouvre son bien, il recommence, pour ainsi dire, sur nouveaux frais, à exercer ses fonctions: la jouissance paisible du possesseur de bonne foi est comme une espèce d'interrègne, qui, interrompant le pouvoir du véritable propriétaire, assure au propriétaire putatif les effets de son administration qu'il a eue en main avec une pleine autorité. Cela posé, voici jusqu'où s'étend l'obligation naturelle de rendre le bien d'autrui dont on a été en possession de bonne foi et à juste titre. Si l'on en a disposé, par un acte valide et irrévocable, en faveur d'un tiers qui l'a reçu aussi de bonne foi, on n'est tenu à autre chose, qu'à aider, si l'on peut, l'ancien maître, à tirer raison de celui qui lui a pris ou retenu son bien malicieusement, et à déclarer au nouveau possesseur la découverte des droits du véritable propriétaire, afin qu'il fasse à son égard ce qu'il doit.]

Que si le véritable maître réclame son bien, dans le temps que la chose est encore entre les mains du possesseur de bonne foi, si celui-ci l'a acquise à titre gratuit, c'est-à-dire, sans qu'il lui en ait rien coûté, comme quand on a reçu la chose en pur don, ou qu'on l'a trouvée, il doit la rendre purement et simplement, sans rien demander pour cela au propriétaire.

[199. A moins qu'on n'ait fait à l'occasion de cette chose quelques dépenses dont on ne soit pas dédommagé d'ailleurs par le profit qu'elle nous a apporté ; car alors le propriétaire doit les rembourser.]

Mais si le possesseur a acquis à titre onéreux, c'est-à-dire, qu'il ait donné un équivalent, il est juste, à la vérité, que le propriétaire puisse recouvrer son bien, mais il doit rembourser au possesseur de bonne foi ce qu'il a donné pour l'acquérir, faute de quoi celui-ci peut retenir la chose ; et si le propriétaire ne la retire pas avant le terme de la prescription, elle change alors tout-à-fait de maître ; en sorte que le premier n'a plus rien à y prétendre.

Il semble qu'en suivant ces principes on satisfait raisonnablement à l'intérêt du possesseur, et à celui du propriétaire. D'un côté, on assure à celui-ci le droit de se faire rendre la chose même en indemnisant le possesseur, et il conserve d'ailleurs son recours naturel contre celui qui lui a retenu son bien, ou qui l'en a privé malicieusement. De l'autre côté, l'on pourvoit aussi à la sûreté du commerce, en ménageant les intérêts d'un possesseur qui a pris toutes les précautions que la prudence exigeait de lui, de manière qu'il ne souffre pas de perte considérable.

A plus forte raison, le possesseur de bonne foi n'est-il obligé à aucune restitution si la chose est venue à périr ou à se perdre.

[200. Car en ce cas-là, il n'a ni la chose, ni le profit. Je dis, un possesseur de bonne foi : car



il ne s'agit ici que d'un tel possesseur; celui qui est de mauvaise foi, outre l'obligation qui vient de la chose même, étant tenu de son propre fait, et se rendant sujet à la peine. J'ajoute que le possesseur de bonne foi n'est point obligé à restituer, quand même la chose se serait perdue par sa faute. Car la bonne foi lui tenait lieu de propriété. Or, il est assez fâcheux à un propriétaire de perdre son bien, sans qu'il lui en coûte après cela quelque autre chose pour punition de sa négligence. Mais si le possesseur de bonne foi, ayant aperçu que la chose dont il se trouve en possession, est à autrui, la détruisait ou la perdait à dessein, pour n'être pas obligé de la rendre à son véritable maître, il devrait alors la payer, comme s'il en avait acquis la possession de mauvaise foi.]

Enfin, lorsque l'on a trouvé une chose, qu'il y a lieu de croire avoir été perdue au grand regret de son maître, on doit s'en informer, et être disposé à la restituer dès qu'il se présentera; mais tant que le propriétaire ne se présente pas, on peut innocemment la garder pour soi.

CHAPITRE XI.

Du prix des choses et des actions qui entrent en commerce

§. I. La propriété des biens établie, les hommes n'auraient pourvu qu'imparfaitement à leurs besoins, s'ils n'avaient pas établi entre eux le com-

merce, au moyen duquel, par des échanges réciproques, ils pussent se procurer ce dont ils manquaient, en donnant par contre des choses dont ils pouvaient se passer.

§. II. Afin que le commerce pût se faire à l'avantage commun des parties, il était nécessaire que l'on y observât l'égalité; en sorte que chacun reçût autant qu'il donnait lui-même. Mais comme les choses qui entrent en commerce sont pour l'ordinaire de différente nature et de différent usage, il était absolument nécessaire d'attacher aux choses une certaine idée ou qualité, au moyen de laquelle on pût les comparer ensemble, et les réduire à une juste égalité. C'est-là l'origine du prix des choses.

§. III. Le prix n'est donc autre chose, qu'une certaine qualité ou quantité morale, une certaine valeur, que l'on attribue aux choses et aux actions qui entrent en commerce, et au moyen de laquelle on peut les comparer ensemble, et juger si elles sont égales ou inégales. L'on dit que le prix est une *qualité morale*, parce qu'elle est d'institution humaine, et que l'on y considère moins quelle est la constitution physique et naturelle des choses, que le rapport qu'elles ont à notre avantage, ou à nos plaisirs, et qu'ainsi elle sert de règle aux *mœurs*.

[201. Ce n'est pas cependant que la quantité physique n'entre dans l'estimation des choses qui se trouvent de même nature et de même bonté; car tout le reste d'ailleurs égal, un gros diamant, par exemple, vaut beaucoup plus qu'un petit.

Mais on n'a pas toujours égard à cela dans l'estimation des choses de différente espèce et de différente qualité ; ainsi une grosse masse de plomb ne vaut pas plus qu'une petite pièce d'or.]

§. IV. On peut d'abord distinguer le prix en prix *propre* et *intrinsèque*, et en prix *virtuel* ou *éminent*. Le premier c'est celui que l'on conçoit comme inhérent aux choses mêmes, ou aux actions qui entrent en commerce, selon qu'elles sont plus ou moins capables de servir à nos besoins, à nos commodités, ou à nos plaisirs. Le prix virtuel ou éminent est celui qui est attaché à la monnaie, en tant qu'elle renferme virtuellement la valeur de toutes sortes de choses ou d'actions, et qu'elle sert comme de règle ou de mesure commune pour comparer et ajuster ensemble la variété infinie de degrés d'estimation dont elles sont susceptibles.

§. V. Il n'y a que les choses et les actions qui entrent en commerce, qui soient susceptibles de prix, et qui en puissent être l'objet. Ainsi la haute région de l'air, les corps célestes, et le vaste océan, n'étant point susceptibles de propriété, et ne pouvant entrer en commerce, ne sauraient être mis à prix.

Il y a aussi des actions qui doivent être faites sans intérêt*, et dont les lois divines et humaines défendent de trafiquer. Telle est l'administration des choses saintes, ou de la justice, la collation des bénéfices et des emplois ecclésiastiques. Il est donc défendu à un juge de vendre la justice. C'est un crime de simonie lorsqu'un

ministre de la religion vend les choses sacrées; par exemple, l'administration des Sacremens, ou qu'il ne veut exercer les fonctions particulières de sa charge qu'en faveur de ceux qui ont de quoi le payer; comme aussi lorsque l'on confère des emplois ecclésiastiques, non au plus digne, mais pour de l'argent.

Mais il faut bien remarquer ici, que les juges ou les ministres de la religion, qui reçoivent quelque salaire pour la peine qu'ils prennent et le temps qu'ils donnent aux fonctions de leur emploi, ne font rien en cela d'illégitime. *His, non rei pretium, sed operæ, solvitur, quod deserviunt, quod à rebus suis avocati, nobis vacant; mercedèm non meriti, sed occupationis suæ, ferunt* (1).

§. VI. Les fondemens du prix propre et intrinsèque sont premièrement l'aptitude qu'ont les choses à servir aux besoins, aux commodités, ou aux plaisirs de la vie, en un mot leur utilité, et ensuite leur rareté. Je dis premièrement leur utilité. Par où j'entends non seulement une utilité réelle, et fondée dans la nature même, mais encore celle qui n'est qu'arbitraire et de fantaisie, comme celle des pierres précieuses. Et de-là vient que dans le langage ordinaire, ce qui n'est d'aucune utilité, est dit de nul prix.

Mais l'utilité seule, quelle qu'elle soit, ne

---

(1) Seneca *de Benef.*, lib. VI, cap. XV.

suffit pas pour que les choses aient un prix ; il faut de plus que cette utilité soit accompagnée de quelque rareté; c'est-à-dire, que les choses soient de telle nature, que chacun ne puisse pas s'en procurer aisément autant qu'il en veut. En effet, les choses les plus utiles et même les plus nécessaires, mais qui sont d'une si grande abondance que l'usage en est inépuisable, ne sont point mises à prix, comme on le voit par exemple de l'eau commune. Cependant la rareté seule, quelque grande qu'elle soit, n'est pas non plus suffisante pour donner un prix aux choses, si d'ailleurs elles n'étaient d'aucun usage.

§. VII. Comme ce sont là les vrais fondemens du prix des choses, ce sont aussi ces mêmes circonstances, combinées différemment, qui l'augmentent ou le diminuent. Si la mode d'une chose passe, ou que peu de gens en fassent cas, dès-lors elle devient à bon marché, quelque chère qu'elle ait été auparavant. Qu'une chose commune, au contraire, et qui ne coûte que peu ou rien, devienne un peu rare, aussitôt elle commence à avoir un prix, et quelquefois même fort cher, comme cela parait par l'exemple même de l'eau, dans les lieux arides, ou en certain temps, pendant un siège, etc. En un mot, toutes les circonstances particulières, qui contribuent au surhaussement du prix des choses, se rapportent en dernier ressort à la rareté. Telles sont la difficulté d'un ouvrage, la délicatesse et la beauté du travail, la réputation de l'ouvrier, etc.

On peut même rapporter à la même raison ce que l'on appelle prix d'inclination ou d'affection, lorsque quelqu'un estime une chose qu'il possède au-dessus du prix qu'on lui donne communément, et cela par quelque raison particulière; par exemple, si elle lui a servi à se tirer d'un grand péril, si elle est un monument remarquable, si c'est pour lui une marque d'honneur, etc.

[202. Mais est-il permis au vendeur d'augmenter le prix des choses à proportion de l'inclination qu'il aperçoit dans l'acheteur? Il y a des moralistes qui soutiennent la négative, mais sans raison, à mon avis. Les lois romaines veulent même, que, dans la réparation d'un dommage causé sans mauvais dessein, on n'ait point d'égard à l'attachement qu'avait la personne intéressée pour ce qu'on lui a perdu, gâté, ou détérioré en quelque manière. *Si servum meum occidisti, non adfectiones æstimandas esse puto (veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles) sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex adfectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi* (1). Mais je ne vois pas pourquoi, lorsque je dois me défaire d'une chose qui me fait plaisir, je dois la vendre au même prix qu'un autre qui regardera une chose semblable avec indifférence. Il est d'abord

(1) Digest., lib. IX, tit. II, *ad leg. Aquil.*, leg. XXXIII. *Voyez* encore lib. XXXV, tit. II, *ad leg. Falcid.*, leg. XLII, XLIII.

certain que l'inclination augmente le prix des choses, et que même la plupart n'ont de prix que dans l'imagination et les désirs de celui qui veut les acquérir. Or dès que l'acheteur attache à une chose qui me fait plaisir, un prix proportionné à ce plaisir, je ne vois pas pourquoi, outre le prix intrinsèque de la chose, je ne puis pas demander une espèce de dédommagement du plaisir que la possession de cette chose me procurera; d'autant plus, que je ne force pas l'acheteur, qui de son côté, ne se détermine à l'acheter au prix d'inclination, que parce que la chose lui fait autant de plaisir, que la somme demandée m'en fera. Le possesseur de la lampe du philosophe Epictète, faisait autant de cas de ce morceau de terre, que si avec la lampe il avait reçu tout le savoir du philosophe. Il se présenta un fou de la même espèce qui lui en demanda le prix : il la lui fit trois mille dragmes; et le marché eut lieu (1). Or quel mal y a-t-il dans ce marché? Le vendeur ne croyait pas qu'on pût le dédommager de la perte de la lampe par une moindre somme : l'acheteur ne croyait pas payer trop par la même somme un si beau monument d'un homme aussi célèbre qu'Epictète. Il me semble, en général, que dans les ventes des choses suivant le prix d'inclination, l'acheteur et le vendeur sont plutôt à plaindre qu'à blâmer.]

(1) Lucien dans le Traité *contre un Ignorant*.



§. VIII. Tels sont les fondemens généraux du prix des choses. Mais pour juger plus précisément du prix de chaque chose en particulier, il faut distinguer l'état de nature de l'état civil. Dans l'état de nature, il est, à parler en général, libre à chacun de mettre le prix qu'il veut à ce qui lui appartient. Mais cette liberté doit pourtant être réglée par ce que le bien du commerce et les besoins de l'humanité exigent. Il y aurait donc une bizarrerie déraisonnable, à estimer, sans aucune raison particulière les choses que l'on possède, beaucoup au-dessus de ce que les autres hommes les estiment communément. En particulier, par rapport aux choses absolument nécessaires aux besoins de la vie, et dont on a abondamment, il y aurait de l'inhumanité à se prévaloir de l'indigence et du besoin d'autrui pour en exiger un prix excessif.

§. IX. Mais dans la société civile l'on a cru que l'on devait mettre quelques bornes à la liberté des particuliers par rapport au prix des choses. Ce prix se règle donc en deux manières, ou par la loi du souverain et les réglemens des magistrats, ou par le seul consentement des parties. Le premier s'appelle prix *légitime*, et le second prix *commun* ou *conventionnel*.

§. X. Il était en effet d'une bonne police, et du bien commun, de fixer le prix des choses qui sont les plus nécessaires à la vie, comme sont les principales denrées; de peur que les riches n'opprimassent les pauvres, et que ceux-ci n'eussent trop de peine à pourvoir à leurs besoins. Le prix

légitime doit donc être déterminé par la justice et l'équité, conformément à ce que demande le bien public, et non par des considérations particulières pour favoriser les uns au préjudice des autres. Lorsque le prix des choses est taxé, ou en faveur de l'acheteur, ou en faveur du vendeur uniquement, il est sans doute permis à l'un de se contenter de moins, ou à l'autre de donner plus; car chacun peut renoncer à ses avantages. Mais si le prix est réglé par la loi, non pas tant pour l'intérêt des particuliers que pour le bien public, comme une espèce de loi somptuaire, et pour procurer à chacun un avantage égal, alors il n'est pas même permis de donner au-delà. Que si le magistrat, en fixant le prix, a eu en vûe d'empêcher les monopoles, et de favoriser en général les marchands et le commerce, il n'est pas permis au vendeur de se contenter de moins.

§. XI. Mais s'il est convenable que la loi fixe le prix de certaines choses, il ne l'était pas moins que tout le reste fût laissé à la liberté des particuliers, afin que chacun tirant quelque profit de son industrie et de son habileté, on entretînt par là l'émulation, qui contribue à faire fleurir le commerce.

Le prix commun ou conventionnel a donc quelque étendue, en sorte que l'on peut exiger quelque chose de plus, ou donner quelque chose de moins. Bien entendu pourtant que l'on garde en cela quelque mesure, et que le plus ou le moins ne s'écarte pas trop considérablement de la juste estimation que donnent aux choses ceux

qui s'entendent en marchandises et en négoce. D'ailleurs, toutes les fois qu'on n'a point déterminé de prix par une convention expresse, et que cependant on en a supposé quelqu'un, on est censé avoir entendu le prix courant.

§. XII. Plusieurs circonstances contribuent à l'augmentation ou à la diminution du prix courant des choses, 1°. on met en ligne de compte les peines que prennent les marchands, et les dépenses qu'ils font pour transporter, garder, et débiter leur marchandise. 2°. On peut faire payer plus cher ce que l'on vend à crédit, que ce que l'on vend argent comptant; car le temps du paiement est une partie du prix. 3°. Ceux qui vendent en détail peuvent mettre un plus haut prix à leurs marchandises, que les marchands en gros; car, outre que la vente en détail est plus pénible et plus incommode, on gagne bien davantage à recevoir tout à la fois une grosse somme d'argent qu'à en tirer peu à peu des petites. 4°. Enfin, le prix hausse ou baisse encore à proportion du nombre d'acheteurs ou de vendeurs, et de l'abondance ou de la disette d'argent, ou de marchandise.

Voilà qui peut suffire sur le prix propre et intrinsèque. Passons au prix virtuel et éminent.

§. XIII. Depuis que la plupart des peuples se furent écartés de la simplicité des premiers siècles, le commerce devenant tous les jours plus étendu, on s'aperçut bientôt que le prix propre et intrinsèque ne suffisait pas pour en faciliter l'exécution. Car dans ces circonstances on ne

pouvait trafiquer autrement que par des échanges des choses ou du travail. Or, il était très-difficile que chacun eût toujours des marchandises que les autres voulussent prendre en troc, et qui fussent précisément de même valeur, ou qu'il pût travailler pour eux d'une manière qui leur convînt.

Pour remédier à ces inconvéniens, et pour augmenter les douceurs et les commodités de la vie, la plupart des nations jugèrent convenable d'attacher à certaines choses une valeur imaginaire, un prix virtuel ou éminent, qui renfermât virtuellement la valeur de toutes celles qui entrent en commerce.

§. XIV. On peut donc considérer le prix de la monnaie comme une mesure commune du prix intrinsèque de chaque chose, comme un moyen universel par lequel on peut se pourvoir de tout ce qui nous est nécessaire, et faire toutes sortes de commerce, avec cette sûreté, qu'avec la même quantité de cette monnaie, pour laquelle nous nous sommes défaits de quelque chose, nous pourrons dans la suite nous en procurer d'autres qui vaudront tout autant. Telle a été l'origine de la monnaie. C'est ce que les jurisconsultes romains ont fort bien expliqué. *Origo emendi vendendique à permutationibus cœpit : Olim enim non ità erat nummus ; neque aliud merx, aliud pretium vocabatur ; sed unusquisque, secundùm necessitatem temporum ac rerum, utilibus inutilia permutabat, quandò plerumque evenit ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper, nec facile concur-*

rebat, ut cùm tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret; eaque materia formâ publicâ percussa, usum dominiumque, non tàm ex substantiâ præbet quàm ex quantitate; nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur (1).

§. XV. Ce n'est pas sans raison que l'on a choisi les métaux les plus rares et les plus estimés, l'or, l'argent, et le cuivre, pour établir le prix virtuel; car il était tout à fait convenable que la matière à laquelle on voulait attribuer ce prix eût certaines conditions qui se rencontrent toutes dans ces métaux.

Et 1°. il fallait que cette matière fût d'une certaine rareté, afin qu'elle eût une certaine valeur intrinsèque, et que le commerce pût se faire plus commodément. 2°. Il était nécessaire qu'elle fût compacte et solide, afin qu'elle ne s'usât que très-peu, et à la longue. 3°. Qu'elle pût aisément se réduire en petites parties. 4°. Enfin, que l'on pût aisément la garder, et la manier. Toutes ces qualités étaient essentielles à une chose, qui devait tenir lieu de mesure commune dans le commerce, et elles se trouvent toutes dans les métaux que l'on a choisis pour cela.

Cependant on a été contraint quelquefois,

---

(1) Digest., lib. XVIII, tit. I, *de Contr. empt.*, leg. I.

dans des cas de nécessité, de se servir de quelque autre matière, qui tenait lieu de monnaie, comme de cuir, de papier auquel on donne une certaine empreinte. C'est ainsi que Timothée, général des Athéniens, voyant que l'argent manquait dans son camp, persuada aux marchands de prendre son cachet en place de monnaie, avec promesse que dès qu'il aurait des espèces, il rendrait pour ces cachets de la monnaie ordinaire. Ce qu'il exécuta ponctuellement.

La monnaie a été établie pour être une mesure commune dans le commerce, et par conséquent égale pour tous les particuliers d'un même état. Il suit delà que c'est au souverain à en fixer le prix, et aux particuliers de s'y conformer. C'est aussi pourquoi les monnaies sont frappées au coin de l'état, en sorte que cette marque en règle exactement la valeur. Cependant le souverain n'a pas un pouvoir si absolu de fixer cette valeur, qu'il ne doive suivre en cela certaines règles. 1°. Il faut avoir égard à la valeur intrinsèque de l'or, de l'argent, du cuivre, et suivre en cela la proportion qui est entre ces métaux. 2°. On doit aussi faire attention au prix que les états étrangers, avec lesquels on est en commerce, donnent aux espèces. Car, par exemple, si un souverain hausse trop la valeur de ses espèces, il les rend inutiles par rapport aux étrangers, avec qui ses sujets négocient; et cela tournerait au grand préjudice de ses sujets. 3°. Il faut que les monnaies soient à un bon titre, d'un alloi et du poids convenables. 4°. Le souverain doit

donner tous ses soins pour empêcher les fraudes des faux monnayeurs. Pour cela, il faut non-seulement n'employer que de bon alloi, mais encore faire travailler curieusement toute la monnaie, ensorte que le travail joint à la valeur intrinsèque de chaque pièce vaille tout autant, et même plus, s'il est possible, que ce pourquoi elle est employée dans le commerce. 5°. Lors qu'il s'est glissé de la fausse monnaie dans le commerce, le souverain doit, s'il le peut, en prendre la perte sur lui, et empêcher que les particuliers n'en souffrent, après quoi il doit la décrier pour l'avenir.

On vit un bel exemple de cela en Angleterre, l'an 1695, sous le Roi Guillaume III. Toute la monnaie se trouvait si fort rognée, par la négligence des règnes précédents, qu'elle était diminuée de plus du tiers de son véritable poids; en sorte qu'elle valait dans l'usage un tiers plus que son poids ne permettait; ce qui ruinait le commerce en diverses manières. C'est ce qui porta enfin le parlement à prendre la résolution, pour sauver le commerce d'Angleterre, de faire refondre la monnaie aux dépens du public, sans en hausser le prix.

6°. La monnaie étant la mesure du prix des autres choses, le prince ne doit rien changer à la valeur des espèces que dans un grand besoin de l'état, et quand la nécessité l'y oblige. 7°. Quand on vient à faire de pareils changemens, il faut les faire les moindres qu'il est possible, et de façon que l'effet en soit universel, et non pour des

vues d'intérêts particuliers, au préjudice du bien public; mais dans l'intention de rétablir les choses sur l'ancien pied, le plutôt qu'il sera possible. 8°. Une dernière remarque, c'est que la mesure du prix de l'argent, et suivant laquelle il doit naturellement hausser ou baisser, dépend principalement de son abondance ou de sa rareté par rapport aux terres, dont la valeur naturelle et intrinsèque est fort constante, et qui sont presque partout le principal fondement des patrimoines. En effet, si dans le temps que l'argent roule en abondance, les terres et ce qui en provient étaient à bon marché, les laboureurs seraient ruinés infailliblement. Que, si au contraire, lorsque l'argent est rare, les terres et leurs revenus se vendaient fort chèrement, ceux qui ne subsistent que de leur industrie mourraient de faim. Ainsi, comme dans ces derniers siècles, il nous est venu des Indes et d'Afrique une grande quantité d'or et d'argent, il était à propos, toutes choses d'ailleurs égales, d'augmenter proportionnellement le prix des terres et le salaire des ouvriers.

§. XVII. Quand donc on dit que le prix d'une chose a changé, il faut bien distinguer si c'est proprement la valeur intrinsèque de la chose, ou bien la valeur de la monnaie. Le premier arrive, lorsque, y ayant une même quantité d'argent, la chose devient plus rare, ou plus abondante. L'autre a lieu, lorsque y ayant une même quantité de cette chose, l'argent devient lui-même plus abondant, ou plus rare dans le commerce.

[202. Pour peu que l'on réfléchisse sur ces

principes incontestables, on verra aisément quelle fut la stupidité, ou la noirceur du premier financier qui osa conseiller à son prince, de falsifier les monnaies, en les marquant d'une empreinte qui désigne une valeur plus grande que celle qu'elles ont intrinséquement. C'est là duper son peuple et les autres; et sacrifier sa bonne foi, objet si délicat dans un souverain, pour faire du monnayage un article de finance, et un moyen d'acquérir. Car, par cette déloyauté, la mesure commune, le prix de tout, a été rendu incertain : la nation ou plutôt le prince qui a frappé cette monnaie falsifiée, a payé au double, ce qu'il avait gagné, par cette fraude, dès que les autres peuples s'en sont aperçu; dans le fonds, raccourcir l'aune, diminuer les mesures, fausser les poids, ou altérer les monnaies, c'est la même manœuvre.]

CHAPITRE XII.

Des Contrats qui supposent la propriété des biens et le prix des choses, et des Devoirs qui en résultent.

§. I. L'ordre naturel demande que nous traitions à présent des principaux contrats qui sont en usage dans le commerce, et qui supposent la propriété des biens et le prix des choses. Nous ne répéterons pas ici ce que nous avons dit cidevant de la nature des conventions en général;

mais en supposant les règles que nous avons établies là-dessus, nous nous contenterons d'indiquer les principes généraux des différents contrats, sans entrer dans un détail qui est plutôt du Droit civil que du Droit naturel.

§. II. L'on peut distinguer les contrats en *bienfaisants* ou *gratuits*, et *onéreux* ou *intéressés* de part et d'autre. Les premiers procurent à l'un des contractants, quelque avantage purement gratuit. Les autres assujettissent chacun des contractants à une charge, ou à une condition également onéreuse, qu'ils s'imposent l'un à l'autre ; car dans ces contrats l'on ne fait et l'on ne donne rien que pour recevoir autant.

Des Contrats Bienfaisants.

1°. *De la Donation.*

§. III. Il y a quatre principales sortes de contrats gratuits ; savoir : la *Donation*, la *Commission* ou le *Mandement*, le *Prêt à usage*, et le *Dépôt*.

La *Donation*, est un contrat par lequel on se dépouille de son droit sur une chose qui nous appartient, pour le transférer gratuitement à une personne qui accepte le bienfait ; soit qu'on lui remette la chose dès ce moment, ou qu'on la garde encore quelque temps. Les donations sont des libéralités naturelles dans l'ordre de la société, où les liaisons de parenté, d'amitié, et d'humanité, obligent différemment à faire du

bien, ou par l'estime du mérite, ou par le motif de secourir ceux qui en ont besoin, ou par principe de reconnaissance, ou par d'autres vues. Il n'y a point de donation sans acceptation ; c'est une suite de la nature de tout engagement. Car tant que le donataire n'accepte pas, le donateur n'est point dépouillé, et son droit lui demeure. *Absenti, sive mittas, qui ferat, sive quòd ipse habeat sibi habere eum jubeas, donari rectè potest. Sed si nescit rem, quœ apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatœ rei dominus non fit* (1).

§. IV. La donation est une libéralité : par conséquent celui qui ne donne que ce qu'il est obligé de donner, ne fait pas proprement une donation. *Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur* (2). Ainsi, les donations rémunératoires ne sont que des donations improprement dites, c'est-à-dire, seulement lorsque ce qui est donné ne pouvait être exigé par le donataire (3).

§. V. La donation une fois faite, est irrévocable de sa nature, comme les autres conventions. Mais cela n'empêche pas qu'elle ne puisse être révoquée par de fortes raisons, que l'on peut raisonnablement regarder comme des conditions tacites. L'engagement naturel du donataire, c'est la reconnaissance du bienfait : par conséquent,

---

(1) Digest., leg. XXXIX, tit. V, leg. X.
(2) Lib. LXXXII, *de R. J.*, lib. XXIX.
(3) *Vid.* lib XXVII, *de Donat.*

si son ingratitude envers le donateur est extrême, celui-ci pourra révoquer la donation. Par exemple, si le donataire attente à la vie du donateur, ou à son honneur; s'il se porte contre lui, à quelque violence, à quelque outrage à sa personne; ou s'il lui cause quelque perte considérable, par de mauvaises voies. C'est aussi la disposition du Droit romain. *Generaliter sancimus omnes donationes lege confectas, firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circà donatorium inveniatur: ita ut injurias atroces in eum effundat, vel manus impias inferat, vel jacturæ molem ex insidiis suis ingerat...... vel vitæ periculùm aliquod intulerit* (1).

[203. On peut aussi révoquer une donation, par la raison de la naissance inespérée des enfants qui surviennent au donateur; car on a tout lieu de présumer qu'il aurait gardé son bien pour ses enfants s'il en eût eu : et qu'ainsi il n'a donné que sous cette condition tacite, que, s'il venait à avoir des enfants, la donation serait nulle. Mais il faut y ajouter cette restriction, que le donateur ait donné tous ses biens, ou la plus grande partie; car quand la donation est peu considérable en comparaison de ce qui reste au donateur, on peut raisonnablement présumer, qu'il n'aurait pas laissé de la faire, quand même il aurait eu l'espérance d'avoir des enfants; sur

(1) Cod., lib. VIII, tit. LVI, *de Revoc. donat.*, leg. X.

tout si le donataire n'est pas fort à son aise. Enfin, la donation doit être révoquée en partie, suivant les lois civiles, lorsque le donateur ne s'est pas réservé assez de bien pour laisser la *légitime* aux personnes à qui il ne lui est pas permis de l'ôter, selon les lois : car en ce cas là, il est juste que le donataire rende ce qui manque, pour achever la portion qui leur revient de droit, le donateur n'ayant pu en disposer, à leur préjudice. *Voyez* Cod. Lib. III. Tit. XXIX, *de Inofficiosis donationibus ;* et Tit. XXX, *de Inofficiosis dotibus.* J'ai dit que cette troisième cause de révocation a lieu *dans le droit civil ;* car la légitime n'est pas de droit naturel. *Voyez* la remarque 194. *Voyez* sur les Donations, *Domat*, Ire. Partie, lib. I, Tit. X.

2°. *Du Mandement ou de la Commission.*

§. VI. La commission ou le mandement est un contrat par lequel on se charge sans intérêt, et de pure bonne volonté, des affaires de quelqu'un qui nous en prie. Les Latins l'appellent *mandatum.* La faiblesse et les besoins de l'homme ont donné naissance à ce contrat. Les absences, les indispositions, et plusieurs autres empêchemens, font souvent qu'on ne peut pas vaquer soi-même à ses affaires, et que par conséquent il faut avoir recours aux autres hommes. Le pouvoir d'un procureur dépend de l'étendue de sa commission. Quelquefois la procuration est limitée, et détermine expressément la manière dont il faut s'y

prendre ; quelquefois le tout est laissé à la prudence et à l'habileté du procureur.

Ceux qui se chargent de prendre soin des affaires d'autrui le font ordinairement par un principe d'humanité ou d'amitié ; c'est pourquoi leur fonction est gratuite : si l'on convenait de quel que salaire, ce serait une espèce de louage. *Mandatum, nisi gratuitum, nullum est ; nam originem ex officio atque amicitiâ trahit. Contrarium ergò est officio merces ; interveniente enim pecuniâ, res ad locationem conductionem respicit* (1).

§. VII. Comme l'on ne confie guère ses affaires qu'à un ami, ou à une personne en qui l'on a une pleine confiance, les procureurs sont obligés, et par honneur et par devoir, à exécuter fidèlement ce dont ils sont chargés. La raison veut qu'ils apportent à ces affaires tout le soin dont ils sont capables ; c'est-à-dire, comme ils feraient pour eux-mêmes dans les choses qu'ils prennent le plus à cœur, et proportionnellement au but et à la nature du contrat. Les anciens Romains avaient un respect tout particulier pour ces sortes d'engagemens, et ils regardaient comme une chose indigne d'un honnête homme de s'en acquitter avec négligence.

[204. « C'était, selon eux, la plus grande des » infamies, non-seulement de gérer de mauvaise » foi, pour son propre intérêt, les affaires d'au-

(1) Digest., lib. XVII, tit. I, *Mandati vel contra*, leg. I, §. 4.



» trui dont on s'est chargé, mais encore de s'ac-
» quitter négligemment de la commission. C'est
» pourquoi on donna *l'action de mandement,* à
» laquelle on attacha une aussi grande flétrissure,
» qu'à l'action même de larcin (1). La raison en
» est, dit là-dessus Cicéron, qu'on ne confie le
» soin des affaires qu'à des amis que l'on croit
» fidèles; de sorte qu'ils ne sauraient manquer
» aux engagemens où ils sont entrés dans une
» telle occasion, sans violer l'asyle commun de
» tous les hommes, et sans détruire, en tant qu'en
» eux est, la société humaine. Car, outre que
» l'on ne peut pas faire tout par soi-même, l'un
» est plus propre que l'autre, à certaines choses.
» Et c'est pour cela qu'on tâche d'avoir des amis,
» afin que par des services mutuels, on procure
» l'avantage les uns des autres. Pourquoi vous
» chargez-vous de ma commission, si vous vou-
» lez ou la négliger, ou vous accommoder à mes
» dépens? A quoi bon m'offrir vos soins, pour
» gâter mes affaires sous prétexte de me rendre
» service? Loin d'ici, ami dangereux, je trou-
» verai quelque autre personne entre les mains
» de qui mes intérêts soient mieux placés. Vous
» vous chargez d'un fardeau, que vous croyez
» pouvoir soutenir, et qui en effet ne vous pa-
» raîtrait pas dans la suite trop pesant, si vous
» n'étiez vous-même d'un esprit vain et léger.
» Manquer donc à un tel engagement, c'est violer

(1) *Voyez* DIGEST., lib. III, tit. II, *de His qui notantur infamid*, leg. I.

» les deux choses du monde les plus sacrées, je » veux dire l'amitié et la foi; car on ne remet » guère le soin de ses affaires qu'à un ami; et l'on » ne se confie qu'à des gens sur la fidélité de qui » l'on compte parfaitement. De sorte qu'il faut » être bien scélérat pour fouler aux pieds les » droits de l'amitié, et tromper en même temps » une personne, qui ne verrait pas ses affaires » en mauvais état, si elle n'eût eu trop bonne » opinion de nous (1). »

Dans le *Marchand* de Plaute, un jeune homme dit à son père: « Je vous ai souvent ouï dire, que » tout homme sage doit s'acquitter, avant toute » autre chose, des commissions dont il est chargé:

.... Sæpe ex te audivi Pater :
Rei mandatæ omnes sapientes primum prævorti decet (2).

§. VIII. D'un autre côté, celui qui a donné la commission est obligé à rembourser toutes les dépenses qu'on a faites pour l'exécuter; et le procureur peut aussi exiger de lui un dédommagement des pertes qu'il a souffertes par une suite naturelle et directe des affaires dont il était chargé.

[205. Car il a stipulé cela tacitement, puisqu'il n'a promis de donner gratuitement que son industrie, ses soins, et une attention fidèle à bien ménager l'affaire dont il s'agit. Et l'on aurait mauvaise grâce de prétendre, que, pour nous

(1) Orat. pro *Sext. Rosc. Amerin.*, cap. XXXVIII et XXXIX.
(2) Act. II, sc. III, v. 42.

rendre service, il lui en coûtât du sien, outre la peine qu'il prend.]

3°. *Du Prêt à usage.*

§. IX. Le *prêt à usage* (*commodatum*) est une convention par laquelle on accorde à quelqu'un gratuitement, et pour un certain temps, l'usage d'une chose qui nous appartient. Je dis gratuitement, car s'il y avait un prix, ce serait un louage. *Commodata tunc res propriè intelligitur, si, nullâ mercede acceptâ, res tibi utenda data est: alioquin mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum* (1).

Le prêt à usage est une convention qui suit naturellement de la liaison que la société met entre les hommes. Car, comme on ne peut pas toujours acheter ou louer toutes les choses dont ou manque, et dont on n'a besoin que pour peu de temps, il est de l'humanité qu'on s'en accommode l'un l'autre gratuitement.

§. X. Voici quelles sont en général les règles de ce contrat. 1°. L'on est tenu de garder et d'entrenir la chose empruntée avec le même soin que l'on apporterait pour son propre intérêt, en matière de choses qui nous tiennent le plus au cœur. 2°. Il ne faut pas s'en servir à d'autres usages, ni plus longtemps que le propriétaire ne l'a permis. 3°. Il faut rendre la chose en son entier, et telle

(1) INSTIT., Quib. mod. re cont. oblig., lib. III, tit. XV, §. 2.

qu'on l'a reçue, ou du moins sans autre détérioration que celle qui est un effet inévitable de l'usage ordinaire. 4°. Celui qui a prêté une chose ne peut la retirer qu'après l'usage fini (1). Cependant, si le propriétaire, par un accident qu'on n'a point prévu, vient à en avoir besoin luimême, l'emprunteur doit la rendre sans différer, et à la première réquisition. 5°. Si la chose empruntée vient à périr par quelque accident, sans qu'il y ait de la faute de l'emprunteur, il paraît plus équitable d'en faire supporter la perte à l'emprunteur, plutôt que de la rejeter sur le propriétaire; surtout s'il y a lieu de présumer que si elle était restée entre les mains de ce dernier, cet accident ne serait pas arrivé. Si l'on décidait autrement, il en coûterait trop à celui qui s'est privé soi-même de l'usage de son bien pour faire plaisir à quelqu'un. Cependant le Droit romain décide la chose au contraire (2). 6°. Enfin, il est juste que le propriétaire tienne compte à l'emprunteur des dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites pour l'entretien et la conservation de la chose, au-delà de celles que demande absolument l'usage ordinaire (3).

[206. Ainsi celui qui a emprunté un cheval, ou un esclave, doit les nourrir à ses dépens; mais si le cheval ou l'esclave deviennent malades, les frais de la guérison sont sur le compte du maître;

(1) *Vid.* lib. XVII, §. 3. D. *Commod.*
(2) Digest., lib. XIII, tit. VI, *Commod.*, leg. V, §. 4.
(3) *Vid.* lib. XVI, §. 2. D. *Commod.*

bien entendu qu'il n'y ait pas de la faute du côté de celui qui a emprunté.]

4°. *Du Depôt.*

§. XI. Le dépôt est un contrat par lequel on donne en garde à quelqu'un qui s'en charge gratuitement, une chose qui nous appartient, ou à laquelle nous avons quelque intérêt, à condition qu'il nous la rendra dès que nous la lui redemanderons. L'origine de cette convention vient naturellement des besoins des hommes. Il arrive quelquefois que l'on se trouve dans de telles circonstances, que nous ne pouvons pas garder nous-mêmes ce que nous possédons; et alors on ne peut pourvoir à la sûreté de ses biens qu'en les mettant entre les mains de quelque personne fidèle, et qui veuille bien s'en charger.

§. XII. L'origine, la nature, et la fin de ce contrat font connaître quelles sont les règles que l'on y doit suivre. 1°. En général, comme le dépôt se fait souvent en secret, sans écrit, et que c'est une convention dont l'usage est très-nécessaire, et dont la sûreté dépend de la foi de celui qui s'en charge, il n'y a point aussi d'engagement qui demande plus particulièrement la fidélité, que celui du dépositaire. 2°. Il est établi que le dépôt doit être gratuit, parce que c'est un office d'amitié et d'humanité, autrement il dégénérerait dans un contrat de louage. 3°. Le dépositaire ne doit point se servir du dépôt, car il ne l'a pas reçu dans cette intention. Il n'est

pas même permis de le décacheter, dépaqueter, ou tirer d'un coffre, s'il a été remis dans cet état: c'est une chose sacrée: s'il s'en sert, il se rend par là responsable de tous les accidents. 4°. On doit garder le dépôt avec tout le soin dont on est capable, et proportionnellement à la nature de la chose. 5°. Il faut rendre le dépôt aussitôt que celui qui nous l'a remis le demande; à moins qu'on ne pût le restituer dans ce temps-là sans causer du préjudice, ou à lui-même, ou à d'autres. Par exemple: si celui qui nous a remis en dépôt des armes, nous les redemande dans un accès de frénésie, ou si l'on a découvert que le dépôt est une chose volée, ou si celui de qui l'on a reçu en dépôt une somme d'argent veut s'en servir pour faire la guerre à la patrie.

C'est ce que Cicéron exprime très-bien au 3e. livre des Offices, chap. 35. *Neque semper deposita reddenda. Si gladium quis apud te sanâ mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit; non reddere, officium. Quid? Si is qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriæ, reddesne depositum? Non, credo: facias enim contrà rempublicam, quæ debet esse carissima.*

Latro spolia, quæ mihi abstulit, posuit apud Sejum inscium de malitiâ deponentis; verùm latroni, an mihi, Sejus restituere debeat? Si per se dantem accipientemque intuemur, hæc est bona fides ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei æquitatem, quæ ex omnibus

personis, quæ negotio isti continguntur, impletur, mihi reddenda sunt quæ facto scelestissimo ademta sunt. Et probo hanc esse justitiam, quæ suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ justiore petitione (1).

§. XIII. Mais hors ces cas-là, c'est une grande infamie, et un crime encore plus énorme que le larcin proprement ainsi nommé, de nier un dépôt : surtout, s'il s'agissait d'un dépôt misérable, c'est-à-dire, qui avait été confié dans le temps de quelque malheur, comme d'un incendie, d'un naufrage, d'une sédition, etc. Aussi les lois romaines avaient sagement établi que ceux qui refuseraient malicieusement de restituer un tel dépôt, seraient condamnés à rendre le double.

Prætor ait : quod neque tumultûs, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii causæ depositum sit, in simplum ; ex earum autem rerum quæ suprà comprehensæ sunt, in ipsum in duplum..... Cum..... extante necessitate deponat, crescit perfidiæ crimen (2).

[207.] En effet, rien ne mérite plus châtiment, que l'infidélité barbare et inhumaine de ceux qui ne se font pas scrupule de profiter du malheur d'un infortuné digne au contraire de compassion. C'est même avec raison qu'on regarde ce crime comme un crime plus énorme encore que le larcin ; puisque, par le dernier, on ne viole que

(1) DIGEST., lib. XVI, tit. III, *Depositi*, etc., leg. XXXI, §. 1.
(2) DIGEST., lib. XVI, tit. III, *Depositi*, leg. I, §. 1—4.

les lois de la justice, et les droits de la propriété; au lieu que par l'autre, on foule encore aux pieds les lois les plus sacrées de l'amitié, et les plus indispensables devoirs de l'humanité. C'est avec raison que les Pisidiens punissaient de mort ceux qui se rendaient coupables de ce crime (1).]

Enfin, le maître du dépôt doit de son côté rembourser au propriétaire les frais qu'il a été obligé de faire pour la garde de la chose déposée. *Officium suum nemini debet esse damnosum* (2).

Des Contrats onéreux en général.

§. XIV. Avant que d'expliquer en détail les principales espèces de contrats onéreux, il est nécessaire de faire quelques réflexions générales sur la nature de ces contrats.

1°. Tous les contrats purement onéreux ont ceci de commun, que l'on y doit garder une juste égalité; c'est-à-dire, qu'il faut que chacun des contractants reçoive autant qu'il donne, et que par conséquent, si l'un d'eux se trouve avoir moins, il peut ou exiger un dédommagement, ou rompre le contrat. Cela se déduit manifestement de la nature même de ces conventions, qui étant intéressées de part et d'autre, chacun des contractants traite dans l'intention de recevoir l'équivalent de ce qu'il donne lui-même. Bien

(1) Nicolas de Damas *Excerpt.* Peiresc., pag. 518.
(2) L. 7. D. *Testam. quemadm. aper.*, lib. XXIX, tit. III.

entendu que l'estimation des choses doit se régler sur le prix courant, qu'elles ont communément dans le commerce, et qu'elle ne consiste pas dans un point indivisible.

2°. Il suit de-là que l'un et l'autre des contractants doit avoir une égale connaissance de la chose au sujet de laquelle ils traitent, du moins à l'égard des qualités qui sont de quelque importance.

3°. C'est une conséquence de cette seconde règle, que chaque contractant est obligé de déclarer de bonne foi les défauts de la chose sur laquelle on traite, comme il déclare ce qui est capable de la faire valoir (1). Sans cela on donnerait atteinte à l'égalité qui est la base des contrats onéreux; car il est bien évident qu'un acheteur, par exemple, ne paierait pas autant ce qu'il achète s'il connaissait des défauts essentiels qu'il ignore. Quand nous disons que nous devons déclarer de bonne foi les défauts d'une chose, nous entendons les défauts cachés, dont on ne peut pas s'apercevoir, et qui d'ailleurs sont des défauts intérieurs, et qui regardent le fond même de la chose. Car pour ce qui est des circonstances extérieures, qui ne concernent pas la chose en elle-même, mais qui contribuent néanmoins à en augmenter ou diminuer le prix, il n'y a nulle nécessité de s'expliquer là-dessus.

(1) Cic, *de Offic.*, lib. III, cap. XVI.

[208. Mais on demande : si lorsqu'il y a des circonstances extérieures qui ne regardent pas le fond même de la chose, et qui peuvent néanmoins contribuer à en augmenter ou à en diminuer le prix, il est nécessaire, et par rapport à l'acheteur, et par rapport au vendeur, de se les découvrir l'un à l'autre franchement ? Cicéron vient ici à notre secours. « Supposons, dit-il, » que dans le temps que la famine est à Rhodes, » un marchand, homme de bien, y aborde ve- » nant d'Alexandrie, avec un vaisseau chargé » de blé, il sait que plusieurs autres marchands » en apportent du même lieu, et il les a vus » dans sa route faisant voile aussi vers Rhodes. » Le doit-il dire ? ou peut-il n'en point parler, » afin de mieux vendre son blé ? Ce marchand, » que nous supposons sage et vertueux, est prêt » a découvrir tout ce qu'il sait aux marchands » de Rhodes, si une fois il est convaincu que » les lois de l'honnêteté le lui prescrivent in- » dispensablement : il doute seulement, si cela » est deshonnête. Là-dessus Antipater, grand » philosophe et grave stoïcien, prétend que le » vendeur ne doit laisser ignorer aux acheteurs » rien de ce qu'il sait, pas même ce qui ne con- » cerne en aucune manière le fond de la chose. » Mais Diogène, son disciple, surnommé le » Babylonien, et d'un génie fort pénétrant, sou- » tient que le marchand n'est tenu qu'à ce qui » est ordonné par le droit civil, savoir à dé- » clarer les défauts de sa marchandise, et à » n'user d'ailleurs d'aucune supercherie ; mais

» que du reste, puisqu'il fait métier de vendre, » rien n'empêche qu'il ne profite de la conjecture pour vendre le plus qu'il pourra. J'ai » transporté, dira-t-il, mon blé par mer, je » l'expose en vente, je ne le vends pas plus » cher que ne font les autres et peut-être que » je le donne à meilleur marché qu'eux, lorsqu'il » y en a plus grande abondance. A qui fais-je » tort? Mais, répondra Antipater, ne devez-» vous pas procurer le bien de la société humaine en général? N'êtes-vous pas né pour » cela? Les principes de la nature auxquels » vous devez vous conformer, ne vous portent-» ils pas à regarder votre intérêt particulier » comme l'intérêt de tout le monde, et celui » de tout le monde comme le vôtre? Comment » pourriez-vous donc celer aux Rhodiens, qui » sont hommes aussi bien que vous, l'abon-» dance qu'ils vont avoir au premier jour, de » ce qui leur manque présentement? A cela » Diogène répond pour le marchand : il y a » bien de la différence entre *celer* et *taire*. Je » ne vous dis point, par exemple, quelle est » la nature de la divinité, ni en quoi consiste » le souverain bien, choses néanmoins dont la » connaissance vous serait infiniment plus utile, » que celle du blé qui vous doit venir. Pré-» tendrait-on pour cela que je vous les cèle? » En un mot, je ne suis pas obligé de vous » apprendre tout ce qui vous serait avantageux » de savoir. Vous y êtes tenu, repliquera An-» tipater, et vous ne sauriez en disconvenir, à

» moins que d'avoir oublié ce à quoi vous en-
» gagent les lois de la société, que la nature
» même a établies entre les hommes. Je ne l'ai
» pas oublié, repartira Diogène ; mais ces lois
» demandent-elles que personne n'ait rien à
» soi ? Si cela est, il n'est plus permis de vendre,
» il faut tout donner. »

Cicéron se déclare ensuite pour l'opinion d'Antipater. « Il me semble, dit-il, que le mar-
» chand de blé ne devait point céler à ceux de
» Rhodes, ce qu'il savait d'autres vaisseaux,
» qui suivaient le sien. J'avoue que le silence
» n'est pas toujours ce qu'on appelle *céler*; mais
» il est tel sans contredit, lorsque pour son pro-
» fit particulier, on ne dit pas une chose, que
» ceux à qui on la cache ont intérêt de savoir.
» Et en ce cas là, qui ne voit que celui qui se
» tait, n'est pas droit, franc, sincère, sans ar-
» tifice, en un mot, véritable homme de bien ;
» mais double, caché, rusé, fourbe, malin,
» artificieux, trompeur (1). »

Cicéron n'ignorait pas pourtant lui-même ce qui aurait pu justifier la conduite du marchand de blé, puisqu'il approuve un peu plus bas la définition que proposait le préteur Aquilius du *Dol* ou de la mauvaise foi : le dol, selon lui, consiste « à donner lieu de croire une chose, et
» tâcher de la persuader, pendant qu'on sait le
» contraire (2). » Or pour appliquer cette idée

(1) De Offic., lib. III, cap. XII et XIII.
(2) Ibid., cap. XIV.

au cas présent, on doit convenir, que ce marchand ne fit rien d'injuste en n'avertissant point les Rhodiens de l'approche des vaisseaux qu'il savait être en route. Car les lois de la justice civile demandent seulement que l'on découvre ce qui regarde le fond même de la chose, au sujet de laquelle on traite; comme si la maison à vendre est empestée, si le magistrat a ordonné de la démolir; exemple dont Cicéron se sert dans la suite. Au lieu qu'ici le marchand ne dissimule rien de semblable.

Mais si l'on demande la décision de ce cas et d'un nombre infini de pareils, suivant la justice naturelle, qui seule forme ce qu'on appelle l'homme vertueux, je dis que dans tout contrat de vente, le vendeur est obligé de manifester les circonstances extérieures que l'acheteur a intérêt de savoir, et qui contribuent à en augmenter ou à en diminuer le prix. Autrement le vendeur n'est pas un homme droit, mais simulé; et cette simulation est cause qu'il arrache des mains de l'acheteur un prix qu'il ne lui accorderait pas s'il connaissait les circonstances que le vendeur lui cache; et même cette simulation est encore plus criminelle si elle lui fait vendre sa marchandise à un prix excessif, parce que tout vendeur est obligé de se contenter d'un profit honnête.

Cependant si l'acheteur lui-même n'ignore pas les défauts, il ne serait point nécessaire d'en parler; c'est ce que l'on comprend aisément. Cicéron nous fournit encore ici un exemple. « Marcus Marius Gratidianus, son parent, revendit

» à Cajus Sergius Orata une maison qu'il avait » achetée de lui-même quelques années aupa- » ravant, et sur laquelle Sergius avait un droit » de servitude. Marius cependant n'en fit au- » cune mention dans le marché. L'affaire étant » portée en justice, Crassus soutenait la cause » d'Orata, et Antoine celle de Marius. Crassus » insistait sur la décision du droit, qui veut que » le vendeur soit garant des fautes dont il n'a » point averti, quoiqu'il les connût très-bien. » Antoine, d'autre côté, se fondait sur les ma- » ximes de l'équité, en vertu desquelles Marius » vendant la maison à un homme à qui elle avait » appartenu autrefois, et qui ne pouvait igno- » rer par conséquent cette incommodité de la » servitude, n'avait point été obligé de l'en » avertir : de sorte qu'Orata n'avait aucun sujet » de se plaindre qu'il l'eût trompé (1). »

C'est sur ce principe que le consul Marius condamna un homme, qui ayant répudié sa femme, ne voulait point lui rendre sa dot, sous prétexte qu'elle avait commis adultère : Marius, dis-je, condamna cet homme-là, parce qu'il fut prouvé qu'il n'ignorait pas les débauches de sa femme, quand il l'avait épousée ; et comme disent les jurisconsultes romains : « on » n'est point censé avoir voulu céler à quelqu'un » ce qu'il savait déjà ; et il n'était pas besoin de » l'instruire de ce qu'il n'ignorait pas (2). »]

(1) Ibid., cap. XVI.

(2) Digest., lib. XIX, tit. I, *de Actionibus empti et venditi*, leg. I, §. I.

§. XV. 4°. Un quatrième principe, et qui suit des précédents, c'est que si après la conclusion de l'affaire on découvre qu'il y a une inégalité considérable dans la chose même, sans qu'il y ait de la faute des contractants, il faut néanmoins la redresser. Cela est sans difficulté à l'égard des choses, dont le prix est réglé par les lois; mais on peut dire aussi à l'égard de celles qui n'ont qu'un prix conventionnel, et par conséquent variable, qu'il y a pourtant un point au-delà duquel l'inégalité doit être redressée. Pour éviter les difficultés qui pourraient naître là-dessus, les lois civiles déterminent d'une manière précise, quelle est la lésion qui donne lieu de rompre les contrats; laissant d'ailleurs les contractants en liberté de traiter à leur plus grand avantage, pourvu que cela se fasse sans fraude.

[209. Par une loi du Droit romain on ne peut faire casser un contrat, ni demander un dédommagement de la vilité du prix, que quand la lésion excède la moitié de la juste valeur des choses (1). Cette fameuse loi est purement positive et fondée principalement sur ce qu'il n'y aurait point assez de tribunaux pour connaître du grand nombre de procès qui s'éleveraient tous les jours, si pour la moindre lésion réelle ou prétendue on pouvait recourir aux juges. *Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias: leges quatenus manu tenere possunt: philosophi*

(1) Cod., lib. IV, tit XLIV, *de Rescind. vendit.*, leg. II.

quatenus ratione et intelligentiâ (1). Avouons cependant, que la loi civile dont il s'agit, resserre dans des bornes trop étroites l'injustice suivant les lois naturelles. Car, bien qu'il ne serait point à propos de recourir au juge pour des affaires de peu de conséquence, je ne vois pas pourquoi il serait dispensé de prêter son secours à ceux qui ont été considérablement lésés, quoiqu'au-dessous de la moitié du juste prix. Je dis donc que suivant les lois naturelles, lorsque la lésion est considérable, quoiqu'elle n'aille pas jusqu'à la moitié du juste prix, on peut légitimement prétendre ou que le contrat soit cassé, ou que l'autre contractant nous dédommage de ce qui manque au juste prix. On juge du degré de la lésion, ou par l'énormité ou la vilité du prix, ou par les facultés de celui qui se trouve lesé.

Mais que dirons-nous de cette loi romaine qui porte, « qu'il est *naturellement* permis de se » tromper l'un l'autre à l'égard du prix de ce » que l'on vend ou que l'on achète (2). » Les interprètes du Droit romain se sont fort tourmentés pour la concilier avec l'équité naturelle; mais inutilement. Grotius, que Puffendorf (3) croit l'avoir mieux expliquée que personne, fait voir que quand on dit qu'une chose est *permise*, on n'entend pas toujours qu'elle soit juste ou

(1) De Offic., lib. III, cap. XVII.
(2) Digest. lib. IV, tit. IV, *de Minoribus*, leg. XVI.
(3) Liv. V, chap. III, §. X.

innocente ; mais que quelquefois cela signifie seulement qu'on peut la faire impunément, et que celui avec qui l'on avait traité, n'a point action contre nous, si l'on veut se prévaloir de la convention : c'est-à-dire, qu'étant appelé en justice, pour cause de lésion au-dessous de la moitié du juste prix, il suffit de répondre qu'on a ainsi fait son accord. L'interprétation est fort bonne; mais je ne vois pas encore comment la loi suivant l'interprétation de Grotius peut se concilier avec l'équité naturelle, suivant laquelle nous sommes rigoureusement obligés de réparer toute espèce de lésion. Mais comme nous l'avons déjà remarqué ailleurs (1) le plus rigide observateur de la lettre des lois civiles, peut quelquefois être impunément injuste, inhumain et un scélérat à son aise. La pratique du contrat de vente et d'achat dont nous parlons, pourrait malheureusement nous en fournir assez de preuves.]

1°. *De l'Echange.*

§. XVI. Le plus ancien des contrats intéressés de part et d'autre, et celui auquel se réduisait tout le commerce avant l'invention de la monnaie publique, c'est l'échange. L'échange est une convention par laquelle les contractants se donnent l'un à l'autre une chose de même valeur,

(1) Note 105.

quelle qu'elle soit, hors l'argent monnayé; car ce serait une vente. Il ne faut pas confondre avec l'échange une donation réciproque, dans laquelle il n'est nullement nécessaire que chacun donne quelque chose d'égale valeur à ce qu'il reçoit.

2°. *De la Vente.*

§. XVII. Depuis l'invention de la monnaie, le contrat le plus en usage est celui de la vente; par lequel, moyennant une certaine somme d'argent que l'on donne au vendeur, on acquiert la propriété d'une chose, ou quelque droit équivalent. Ce contrat est censé parfait aussitôt que l'on est convenu du prix de la chose à vendre; et dès-lors les contractants sont obligés de l'exécuter chacun de leur côté, et ils ont action l'un contre l'autre pour cela. Mais si le contrat renferme une condition, ou expresse ou tacite, qui en suspende l'effet, la vente n'est parfaite que lors que cette condition a eu son exécution de la manière dont les parties en étaient convenues. *Conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, cùm impleta fuerit conditio* (1).

§. XVIII. L'obligation naturelle qui résulte du contrat de vente, c'est que le vendeur est obligé de délivrer la marchandise, au temps et de la manière dont on est convenu; et que l'acheteur de son côté doit payer le prix dont on est demeuré d'accord. Mais, si depuis qu'on est con-

(1) DIGEST., *de Contr. emt.*, leg. I, §. 2.

venu du prix, jusqu'à la délivrance de la marchandise, il arrive quelque diminution à la chose vendue, ou même qu'elle vienne à périr par quelque accident, on demande sur qui, du vendeur ou de l'acheteur, doit retomber cette perte?

Pour décider cette question, il ne faut que savoir qui est le véritable propriétaire dans le temps que la chose souffre quelque diminution, ou vient à périr. Car c'est un principe naturel, que comme les accroissemens ou les améliorations d'une chose tournent au profit du propriétaire, de même aussi les diminutions ou les pertes le regardent. Ainsi, s'il est impossible au vendeur de remettre d'abord à l'acheteur la chose vendue, ou si elle doit être délivrée dans un certain temps ou dans un certain lieu, il est naturel de penser que les parties sont convenues que la propriété demeurerait au vendeur, jusques au temps de la délivrance, et que l'acheteur n'a pas voulu s'en charger auparavant; par conséquent les profits ou les pertes survenues sont alors pour le compte du vendeur. Mais si la chose vendue est présente, et qu'il ne tienne qu'à l'acheteur de la recevoir, il n'y a aucune raison de croire que le vendeur en conserve la propriété, et par conséquent les accidents retombent sur l'acheteur. Les loix romaines décident en général là-dessus, que tous les changemens en bien ou en mal, qui arrivent après que la vente est parfaite, regardent l'acheteur, et que si la chose périt avant la délivrance il en souffre la perte, et ne laisse pas d'être obligé à en payer le prix. *Quùm autem emtio et venditio contracta sit...... periculum*

rei venditæ statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliquâ parte corporis læsus fuerit; aut ædes totæ vel aliquâ ex parte incendio consumptæ fuerint; aut fundus vi fluminis totus vel aliquâ ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis, longè minor aut deterior esse cœperit; emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpâ venditoris accidit, in eo venditor securus est (1). *Post perfectam venditionem, omne commodum et incommodum, quod rei venditæ contigit, ad emtorem pertinet* (2).

§. XIX. Le contrat de vente, comme tous les autres, forme deux sortes d'engagemens. La première, de ceux qui sont une suite du contrat même, quoiqu'on ne se soit point expliqué là-dessus; la seconde de ceux qui y sont formellement exprimés. Il faut rapporter à la première sorte, l'obligation du vendeur à la délivrance, à la garantie, et le devoir où est l'acheteur de payer le prix, et de dédommager le vendeur de ce qu'il lui fait souffrir par sa faute.

§. XX. Pour les engagemens du second ordre, comme il dépend de la liberté des contractants de modifier différemment leurs conventions, le Droit naturel ordonne de tenir fidèlement ce dont on

(1) Instit., lib. III, tit. XXIV, §. 3.
(2) L. I, C. *de Periculo et comm. rei vend.*

est convenu, et de se conformer aux lois de l'état dans lequel ont vit, si l'on veut que le contrat soit valide en justice. Les conditions que l'on ajoute communément au contrat de vente sont de plusieurs sortes. 1°. Ou l'on achète argent comptant, ou à crédit ; c'est-à-dire à condition que la marchandise ne sera payée qu'un certain temps après la délivrance. 2°. Quelquefois l'on vend une chose à la charge, que si dans un certain temps on en trouve davantage, il nous sera permis de la vendre à un autre. C'est ce que les jurisconsultes appellent, *adictio in diem* (1). 3°. Il y a souvent dans la vente une *clause commissoire*, par laquelle on convient, que si l'acheteur ne paie pas dans le temps marqué, la vente sera nulle ; c'est-à-dire, si le vendeur le trouve à propos, car c'est en sa faveur que la clause est ajoutée (2).

§. XXI. Il y a aussi une clause de *retrait conventionnel*, ou de faculté de rachat, qui peut être apposée différemment. (*Retractus, pactum de retrovendendo.*) Ainsi, 1°. un homme qui vend par une nécessité pressante une chose dont il ne voudrait pas se dépouiller pour toujours, peut stipuler, qu'il pourra recouvrer la chose vendue, en rendant à l'acheteur le prix, ou pendant un certain temps, ou toutes les fois qu'il lui plaira (3). 2°. Quelquefois, lorsqu'on n'achète que pour faire

---

(1) *Vid.* leg. I. D. *De in diem Addict.*, lib. XVIII, tit. II.
(2) *Vid.* l. 2, 3, 5. D. *De lege Commiss.*, liv. XVIII, tit. III.
(3) *Vid.* l. 2. C. *De Pact. inter emt. et vend.*, lib. IV, tit. LIV.

plaisir au vendeur, l'acheteur stipule qu'il pourra, ou dans un certain temps, ou quand il le voudra, rendre la chose au vendeur et redemander le prix qu'il a donné. 3°. Il y a une autre sorte de retrait, que l'on appelle droit de préférence; c'est lorsque l'on convient qu'au cas que l'acheteur de son pur mouvement, veuille revendre la chose, celui qui la lui a vendue sera préféré, en la payant sur le pied de ce qu'un autre en donnerait. 4°. Enfin, il y a une espèce de retrait que l'on appelle *lignager* (*Retractus gentilitius*) établi par les lois de certains pays, et en vertu duquel les parents d'un homme qui vend quelque fonds peuvent le reprendre ou le racheter pendant un certain espace de temps.

[210. Il y a une sorte particulière de vente, qui consiste à vendre non pas une certaine chose déterminée, mais seulement une *espérance probable*, à laquelle les contractants mettent un certain prix; de sorte qu'encore que ce qui provient ensuite se trouve valoir beaucoup plus, ou beaucoup moins, ou rien du tout, le contrat n'est point du tout vicieux. La même chose a lieu dans les encans, et dans les ventes en bloc, ou en gros; parce que dans tous ces cas il y entre quelque hasard. Le Droit romain fournit plusieurs exemples de l'achat d'une espérance incertaine; comme quand on achète la chasse que fera un chasseur, ou la pêche d'un pêcheur. C'est ce qui donna occasion à une dispute fameuse, dont l'histoire ancienne nous a conservé la mémoire. Quelques hommes de Milet, étant à Cos, ache-

tèrent un jour des pêcheurs de l'île un coup de filet, avant qu'il fût tiré. Le filet hors de l'eau, on y trouva un trépied d'or, qu'Hélène, revenant de Troye, avait jeté dans ce même endroit, pour accomplir un ancien oracle. Il y eut donc une grande contestation entre les pêcheurs et les étrangers. Ceux-ci prétendaient que le trépied leur appartenait par les termes du contrat; puisqu'ils avaient acheté tout ce qui serait pêché, ou le hasard d'un coup de filet. A quoi les pêcheurs répondaient, et avec raison, que le contrat regardait uniquement les poissons qui pourraient se trouver pris. En effet, toute convention doit être interprêtée selon ce que demandent l'esprit et l'intention des contractants. Or assurément ni les pêcheurs, ni les étrangers, n'avaient pensé en aucune manière au trépied d'or, ni à rien autre de tel. Sur le *Contrat de vente* il faut consulter Domat, liv. I, tit. II, *des Lois civiles*, etc.

Les lois civiles n'ont pas mis au nombre des engagemens du vendeur envers l'acheteur le devoir naturel de ne pas survendre, parce qu'il y aurait eu trop d'inconvéniens de résoudre les ventes par l'excès du prix. Et la police dissimule une injustice que les acheteurs dupés souffrent d'ordinaire volontairement; mais elle la réprime dans la vente des choses dont elle règle le prix. Voilà pourquoi l'on rencontre souvent des vendeurs trompeurs qui par bonheur trouvent rarement des acheteurs qui ignorent le prix des choses; car il est fort à craindre qu'un acheteur qui ignore le prix de ce qu'il veut acheter, ne soit

dupé par le vendeur; parce que la police dissimule une injustice fort criante d'ailleurs suivant les lois naturelles, et on a lieu d'être étrangement surpris de voir une société aussi éclairée, que l'est celle de Haarlem, proposer pour prix la question suivante : « S'il est permis au vendeur » de profiter de l'ignorance de l'acheteur, et jus- » qu'à quel point. » Ces derniers mots font croire que la société penche pour l'affirmative.

Au reste nous avons souvent remarqué que la justice civile n'est pas incompatible avec la scélératesse la plus marquée.]

3°. *Du Contrat à louage.*

§. XXII. Il n'est pas possible que tous les hommes aient en propre tout ce dont ils ont besoin, ni qu'ils fassent tout par eux-mêmes. D'un autre côté, il ne serait pas juste que l'usage des choses d'autrui, ou de leur industrie, et de leur travail, fût toujours gratuit; il a donc été nécessaire que l'on en fit commerce, et c'est ce qui a donné lieu au *contrat de louage*. Le *louage* donc en général est un contrat, par lequel l'un donne à l'autre, moyennant un certain loyer ou un salaire, l'usage et la jouissance d'une chose, ou de son travail et de son industrie, pour un certain temps. L'on appelle le *bailleur*, celui qui fournit son travail, son industrie, ou une chose qui lui appartient, l'autre s'appelle le *preneur*.

§. XXIII. Voici les principales règles de ce contrat 1°. C'est l'ordinaire de régler d'avance le

loyer ou le salaire. Mais si l'on ne l'a point fait, on présume que les parties s'en tiennent à ce qui se fait ordinairement. 2°. Celui qui loue son bien doit fournir la chose en état de servir aux usages pour lesquels on la prend à louage, dans le temps marqué, et de la manière et sur le pied dont on est convenu. 3°. Il doit l'entretenir dans cet état là, et faire à cet égard les dépenses nécessaires, ou les rembourser au preneur, à moins que celui-ci ne se soit engagé par le contrat à les faire lui-même (1). 4°. Il doit laisser jouir le locataire jusqu'au temps du bail expiré ; à moins qu'il ne survienne quelque cas qui est censé excepté ; comme, si le locataire ne payait pas le loyer ; s'il se comportait mal ; qu'il ruinât la maison, ou qu'il s'en servît d'une manière illicite et contraire aux bonnes mœurs ; si le maître veut y habiter lui-même, ou bien y faire quelques réparations nécessaires. Mais, dans ces deux derniers cas, le propriétaire est obligé de dédommager le locataire (2). 5°. C'est encore un devoir du maître de dédommager le locataire de ce que celui-ci souffre, par un effet des vices de la chose, que le maître connaissait, ou qu'il devait connaître.

§. XXIV. Celui qui loue doit 1°. vaquer fidèlement au travail, ou à l'ouvrage dont il s'est chargé. 2°. Le fournir, autant qu'il lui est possible dans le temps convenu. 3°. Ne pas l'abandonner

(1) Digest., lib. XIX, tit. II, leg. XV, etc.
(2) *Voyez* Cod., lib. IV, tit. LXV, *de Locato et conducto*, leg. III.

sans quelque grande raison. 4°. Enfin, il doit répondre du dommage qu'il peut avoir causé par sa négligence, ou même par son ignorance; à moins que celui pour qui il travaillait, connaissant son peu d'habileté, n'ait passé par-dessus cette considération. Le preneur, de son côté, est tenu de jouir de ce qu'il tient à louage en bon père de famille, de payer exactement le loyer ou le salaire promis, et enfin de dédommager le propriétaire du tort qu'il peut lui avoir causé par sa négligence.

§. XXV. Si la chose louée vient à périr, sans qu'il y ait de la faute du preneur, non-seulement il n'est point tenu de la payer; mais dès ce moment-là le loyer ne court plus.

S'il arrive quelque accident qui diminue les fruits d'un fonds qu'on a donné à ferme, le propriétaire n'est pas obligé à la rigueur de relâcher du prix du bail : car comme le fermier n'est pas tenu de payer une plus grosse rente, lorsqu'il fait une plus abondante récolte, de même aussi il ne peut pas demander de diminution pour quelque perte ; l'un compense l'autre. Mais à l'égard des accidents très-considérables, et fort rares, comme serait une grande gelée, une grêle, une sécheresse extraordinaire, un débordement de rivière, etc., qui font qu'on ne recueille aucuns fruits, l'équité veut que l'on diminue, ou même que l'on quitte entièrement le loyer. C'est aussi la disposition des lois romaines. *Vis major non debet conductori damnosa esse, si plus quàm tolerabile est læsi*

fuerint fructus ; alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum aufertur (1).

§. XXVI. Lorsque l'on a fait marché avec quelqu'un pour une chose qui ne l'attache pas continuellement à notre service, on n'est point tenu de la payer, lorsqu'il lui arrive quelque accident qui l'empêche de nous fournir l'ouvrage ou le travail auquel il s'était engagé. Mais si une personne qui est à nos gages devient par quelque maladie hors d'état de faire ses fonctions pour un peu de temps, il y aurait de l'inhumanité à lui ôter pour cela son emploi, ou à lui retrancher de ses gages.

4°. *Du Prêt à consomption.*

§. XXVII. Le prêt à consomption (*Mutuum*), est une convention par laquelle on donne à quelqu'un une chose susceptible de remplacement, à la charge qu'il nous rende, dans un certain temps, autant qu'il a reçu de la même espèce et de la même qualité.

Les choses que l'on prête à consomption, sont appelées susceptibles de remplacement ou d'équivalent, parce que chacune tient lieu de toute autre semblable, de sorte que, quiconque reçoit autant qu'il a donné, de la même espèce et de pareille qualité, est censé recevoir la même

(1) L. 25, §. 6. D. *Locati Cond.*, lib. XIX, tit. II, leg. XV, §. 2. Ibid.

chose précisément. Tel est l'argent monnayé, l'or massif, et les autres métaux non travaillés, le blé, le vin, le sel, l'huile ; en un mot, tout ce qui se donne au poids, au nombre, ou à la mesure. Ainsi toutes les pistoles, tous les écus, etc., ont le même aloi, le même poids, le même coin, la même valeur ; et chacune de ces pièces tient lieu de toute autre de la même espèce ; et on peut aussi faire la même somme en d'autres espèces. Ainsi, l'on a grains pour grains, liqueurs pour liqueurs, de la même qualité, et de même mesure ou de même poids.

§. XXVIII. On désigne ces sortes de choses par le nom de *quantité*, au lieu que les autres sont appelées *des choses en espèces*. Les jurisconsultes les appellent encore *res fungibiles*. *Mutui datio consistit in his rebus quæ pondere, numero, mensurâ constant.... quæ in genere suo functionem recipiunt* (1). Pour mieux comprendre cela, il faut remarquer qu'on ne saurait user de l'argent, des grains, des liqueurs et des autres choses semblables, qu'en les consommant, ou cessant de les avoir. C'est un effet de l'ordre de Dieu, qui, destinant l'homme au travail, lui a rendu ces sortes de choses si nécessaires, et les a faites telles, qu'on ne les a que par le travail, et qu'on cesse de les avoir lorsqu'on en use ; afin que ce besoin, qui revient toujours, oblige à un travail qui dure autant que la vie. Il se fait donc

(1) Leg. I, §. 1. D. *de Reb. cred.*, lib. XII, tit. I.

dans le prêt à consomption une aliénation de la chose prêtée, et celui qui l'emprunte en devient le propriétaire; car autrement il n'aurait pas le droit de la consommer. *Indè mutuum adpellatum est, quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat* (1).

[211. Cependant, comme l'un ne donne qu'à la charge de recevoir l'équivalent et que l'autre ne reçoit qu'avec promesse de rendre; les biens du débiteur ne sont point censés augmentés par-là, ni ceux du créancier diminués, tout ce qu'il y a, c'est que le dernier, à la place de son bien, acquiert action personnelle contre le débiteur, ou le droit de le poursuivre en justice. Ainsi, celui qui prête de l'argent aliène, à la vérité, les espèces qu'il livre, mais ne prétend ni rien ajouter aux biens de celui qui emprunte, ni diminuer quoique ce soit, de ce qui lui appartient. L'on peut dire que si celui qui prête, transfère à l'autre pour un temps, la paye de la chose même en espèce, il s'en réserve néanmoins toujours la propriété. C'est là une manière de dépôt qui est remis entre les mains du débiteur, qui n'en est pas par conséquent le maître. Si cela était, il pourrait en disposer absolument à sa fantaisie; il pourrait la donner, la dissiper, la jouer; ce qui certainement ne lui est par permis. Le créancier, au contraire, peut en faire présent au débiteur même, ou à quelqu'autre. Il peut au terme

(1) Instit., Quib. mod. re cont. oblig.

échu, se la faire rendre, la céder, la dépenser, en un mot, en disposer comme bon lui semble. C'est pourquoi, en latin, une dette ou l'argent que l'on emprunte, s'appelle *æs alienum*, comme qui dirait, argent d'autrui ; non que le débiteur n'acquiere pas la propriété des espèces qu'il reçoit, mais par ce qu'il ne l'acquiert qu'à la charge d'en rendre autant de même valeur. Au contraire, un homme, qui ne doit rien, peut dire, *meo sum dives in ære.*]

Celui qui prête, s'appelle *créancier*, à cause de la créance qu'il a sur la foi de celui à qui il prête : et celui qui emprunte, s'appelle *débiteur*, parce qu'il doit rendre la même somme, ou la même quantité qu'il a empruntée.

[212. Mais on peut aussi être créancier et débiteur par d'autres causes que par le prêt, parce qu'il y a d'autres manières de devoir que celle du prêt. Ainsi, dans une vente dont le prix est payable à un terme, le vendeur est créancier du prix, et l'acheteur en est le débiteur. Ainsi, dans un louage, le propriétaire est créancier des loyers, et le locatire en est le débiteur. *Creditorum appellatione non hi tantùm accipiuntur qui pecuniam crediderunt; sed omnes quibus ex quâlibet causâ debetur* (1). *Credendi generalis appellatio est...... nam cuicumque rei assentiamur, alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex contractu, crederi dicimur* (2).

(1) L. II, ff. *de Verb. significat.*, l. X.
(2) L. I, ff. *de Rebus credit.*

Il est nécessaire que celui qui prête, soit le maître de la chose prêtée, pour donner le même droit à celui qui emprunte.

§. XXIX. Le devoir du débiteur est de rendre la même somme, ou la même quantité qu'il a empruntée, au terme dont on est convenu. Les accidents, les cas fortuits, tombent sur celui qui a emprunté; et quoiqu'il n'ait pas profité de l'emprunt, il ne laisse pas d'être obligé de rendre autant qu'il a reçu ; parce que par le prêt il est devenu le maître.

Au reste, l'on prête, ou gratuitement, et sans prétendre rien au de là de ce qu'on a donné, ou en stipulant du débiteur un certain profit qui se nomme *usure* ou *intérêt*.

[213. La question de l'usure quoique traitée avec beaucoup de subtilité par les Théologiens et par les jurisconsultes, parait encore jusqu'ici en quelque sorte indécise ; il paraît même, quand on l'approfondit, qu'on a plus disputé sur les termes que sur les idées, et qu'on a presque toujours manqué le but que l'on se proposait ; je veux dire la découverte de la vérité. Mais comme cette question est également intéressante pour le commerce de la vie et pour la paix des consciences, nous voulons nous y arrêter, et tâcher de la décider d'après les principes les plus lumineux de la raison.

Je définis l'usure, l'*intérêt légal et compensatoire* d'une somme prêtée à un homme aisé, dans la vue d'une utilité réciproque. Or, l'usure ainsi modifiée et réduite au vingtième ou vingt-

cinquième denier, est très-conforme au Droit naturel.

Car, d'abord, la loi naturelle nous prescrit de ne faire tort à personne, et de rendre à chacun ce qui lui est dû. Or, quand je prête à des gens aisés, à la charge de l'intérêt déterminé par la loi, je ne leur fais pas le moindre tort : je leur rends même un bon office ; et pour peu qu'on les suppose équitables, ils reconnaissent que je les oblige. C'est un voisin que je mets à portée d'arranger des affaires qui le ruinaient en procès, ou de profiter d'une conjoncture pour faire une acquisition avantageuse. C'est un autre qui, de mes deniers, rétablit une maison qu'on n'habitait point depuis long-temps, faute de réparations, ou qui vient à bout d'éteindre une rente foncière et seigneuriale, tandis que je lui donne du temps, pour me rembourser à son aise. C'est enfin un troisième qui n'a guère que l'envie de bien faire, et à qui je fournis le moyen d'entreprendre un bon négoce, ou de donner plus d'étendue à celui qu'il faisait auparavant. Quand après cela, je reçois de ces débiteurs les capitaux et les intérêts, je ne manque en rien à ce que prescrit la justice : puisque loin de leur nuire, par la glose de l'intérêt légitime, je leur procure au contraire de vrais avantages ; et qu'en tirant des intérêts stipulés avec eux de bonne foi, je ne tire, en effet, que ce qui m'appartient, soit à titre de compensation du tort que m'a causé l'absence de mon argent, soit à cause des risques inséparables du prêt.

Une personne me sollicite de lui prêter une somme considérable ; et il en résulte souvent qu'au lieu de laisser mes fonds dans les emprunts publics, au lieu de les y porter, s'ils n'y sont pas encore, ou de faire quelque autre acquisition solide, je cède à ses sollicitations ; en un mot, je lui donne la préférence, et je livre mon bien entre ses mains, à la condition qu'il me propose de l'intérêt ordinaire : condition du reste que je remplis comme lui, toutes les fois que j'emprunte. Peut-on dire qu'il y ait de l'injustice dans mon procédé? N'est-il pas vrai plutôt que je pêche contre moi-même, en m'exposant à des risques visibles, et que j'ai tort, enfin, de céder à des sentimens d'humanité dont je deviens souvent la victime, tandis que les dévots armés d'une sévère prudence, ou plutôt d'une impitoyable hypocrisie, se contentent de damner les usuriers, laissent crier les importuns, et font de leur argent des emplois plus sûrs et plus utiles ? Mais lequel mérite mieux le nom de *juste* et de *bienfaisant*, de celui qui hasarde ses fonds, pour nous aider au besoin, en stipulant l'intérêt ordinaire, ou de celui qui, sous prétexte d'abhorrer l'usure, met son argent dans le commerce ou à des acquisitions solides : qui, en conséquence, ne prête à personne, et abandonne ainsi les gens dans leurs détresses, sans leur donner un secours qui leur serait très-profitable, et qui dépend de lui ?

Quoiqu'il en soit, on le voit par notre définition de l'usure ; il n'est ici question ni d'aumône, ni de générosité. Ce n'est point d'ordinaire dans

cet esprit que se font les stipulations et les contrats. Est-ce pour se rendre agréable à Dieu, est-ce pour bien mériter de la patrie, qu'un homme de qualité, qu'un bourgeois opulent, qu'un riche bénéficier louent leurs maisons et leurs terres? Est-ce pour gagner le ciel, qu'un seigneur ecclésiastique ou laïc, exige de ses prétendus vassaux, des redevances de toute nature? Non, certainement. Ce n'est point aussi par ce motif, qu'on prête ou qu'on loue son argent; mais tous les jours l'on prête et l'on emprunte, dans la vue très-louable d'une utilité réciproque. En un mot, l'on prend et l'on donne à louage une somme de mille écus, comme l'on donne et l'on prend au même titre une terre, une maison, une voiture, un navire, le tout pour profiter et pour vivre de son industrie ou de ses fonds.

Un homme qui avait beaucoup bâti, se voyait encore une somme considérable, et las de bâtir des maisons, résolut d'employer son argent d'une autre manière. Il mit un écriteau à sa porte, on y lisait en texte: *Belle Maison, à louer; prix, quinze cents livres par an.* On lisait au-dessous: *Dix mille écus, à louer aux mêmes conditions.* Un génie vulgaire et borné, voyant cet écriteau: à la bonne heure, dit-il, qu'on loue la maison, cela est bien permis; mais la proposition de louer une somme d'argent est mal sonnante et digne de répréhension: c'est afficher ouvertement l'usure, et rien de plus scandaleux. Quelqu'un plus sensé lui dit alors: pour moi,

monsieur, je ne vois point là de scandale. Le rentier offre pour cinq cents écus une maison commode, qui lui coûte environ trente mille livres, la prendra qui voudra, il ne fait tort à personne, et vous paraissez en convenir. Il offre pareille somme de trente mille livres à tout homme solvable qui en aura besoin, à la même condition de cinq cents écus de loyer, quel tort fait-il à la république? Avec son argent, il pourrait acquérir un fonds, et le louer aussitôt sans scrupule, sans cependant faire autant de bien peut-être au preneur, qu'il en fera à celui qui empruntera les trente mille livres. Que notre rentier offre ces dix mille écus en nature, ou qu'il les offre sous une autre forme, c'est la même chose pour lui; mais quelqu'un qui aura plus besoin d'argent que d'une autre chose, sera charmé de trouver cette somme en espèces, et il en paiera volontiers ce qu'un autre paierait pour un domaine de pareille valeur. Rien de plus équitable, rien en même temps de plus utile au public; et de cent personnes qui seront dans le train des emprunts, on n'en trouvera pas deux qui ne soient de cet avis. S'il est plusieurs genres d'opulence, il est aussi plusieurs genre de communication. Ainsi, tel est riche par les domaines qu'il donne à bail, et tel par l'argent qu'il donne à louage.

Dives agris, dives positis in fenore nummis (1).

(1) Horat., lib. I, sat. 2.

Celui-ci, comme terrien, se rend utile au public, en ce qu'il loue ses terres, et qu'il procure l'abondance ; il ne se rend pas moins utile comme pécunieux en mettant ses espèces à intérêt ou à louage entre les mains des gens qui en usent pour le bien de la société. Si au contraire pour éviter l'usure il tenait ses espèces en réserve, il causerait au public un tout aussi grand dommage que si au lieu de louer les terres, il les laissait en friche. Ce qui fait dire à Saumaise, dans le savant traité qu'il a fait sur cette matière, que la pratique de l'usure n'est pas moins nécessaire au commerce que le commerce l'est au labourage : *ut agricultura sine mercaturâ vix potest subsistere..... ita nec mercatura sine feneratione stare.*

Mais par quelle fatalité l'argent ne serait-il donc plus, comme autrefois susceptible de louage? On disait anciennement *locare nummos*, louer de l'argent, le placer à profit ; de même, *conducere nummos*, prendre de l'argent à louage ; il n'y avait en cela rien d'illicite ou même d'indécent, si ce n'est lorsque des amis intimes auraient fait ce négoce entre eux : *commodare ad amicos pertinet ; fenerari ad quoslibet.*

Un homme en état de faire de la dépense, use de l'argent qu'on lui prête à intérêt, ou pour mieux dire, qu'on lui loue, comme d'une maison de plaisance qu'on lui prête à la charge de payer les loyers, comme d'un carrossé de remise qu'on lui prête à tant par mois ou par an ; je veux dire qu'il paie également le louage de l'argent,

de la maison, et du carrosse ; et pour peu qu'il eût d'industrie et d'habileté, le premier lui serait plus utile que les deux autres. Il est à remarquer en effet, au sujet d'un homme riche un peu dissipateur, que l'emprunt de l'argent au taux ordinaire est tout ce qu'il y a pour lui de plus favorable. Car s'il se procure à crédit les marchandises, le service et les autres fournitures qu'exigent ses fantaisies ou ses besoins, au lieu de cinq pour cent qu'il paierait pour le prêt des espèces, il lui en coûtera par l'autre voie au moins trente ou quarante pour cent : ce qui joint au renouvellement des billets, et aux poursuites presque inévitables, pour parvenir au paiement définitif lui fera d'ordinaire cent pour cent d'une usure écrasante.

Au surplus, pourquoi l'argent, le plus commode de tous les biens, serait-il le seul dont on ne pût tirer profit ? et pourquoi son usage serait-il seul plus gratuit, par exemple, que la consultation d'un avocat et d'un médecin, que la sentence d'un juge, ou le rapport d'un expert, que les opérations d'un chirurgien, ou les vacations d'un procureur ? Tout cela, comme on sait, ne s'obtient qu'avec de l'argent. On ne trouve pas plus de générosité parmi les possesseurs des fonds. Que je demande aux uns quelque portion de terre pour plusieurs années, je suis partout éconduit si je ne m'engage à payer ; que je demande à d'autres un logement à titre de grâce, je ne suis pas mieux reçu que chez les premiers. Je suis obligé de payer l'usage d'un

meuble, au tapissier; la lecture d'un livre au libraire, etc. Ainsi, sentant l'utilité de l'argent qui devient nécessaire à tous, j'emprunte dans mon besoin chez un homme pécunieux ; et n'ayant trouvé jusqu'ici que des gens attachés qui veulent tirer profit de tout, qui ne veulent prêter gratis ni terres, ni maisons, ni soins, ni talens, je ne suis plus surpris que mon prêteur d'espèces en veuille aussi tirer quelque rétribution, et je souffre, sans murmurer, qu'il m'en fasse payer l'usure ou le louage. C'est ainsi qu'en réfléchissant sur l'esprit d'intérêt qui fait agir tous les hommes, et qui est l'heureux, l'immuable mobile de leurs communications, je vois que la pratique de l'usure ordinaire entre gens aisés, n'est ni plus criminelle, ni plus injuste que l'usage respectivement utile de louer des terres, des maisons, etc. Je vois que ce commerce vraiment destiné au bien des parties intéressées, et de même nature que tous les autres, n'est en soi ni moins honnête, ni moins avantageux à la société.

Enfin, pour démontrer toujours mieux la justice de l'intérêt, je suppose qu'un père laisse en mourant à ses deux fils, une terre d'environ 500 livres de rente, outre une somme de 10,000 livres comptant. L'aîné choisit la terre, et les 10,000 livres passent au cadet. Tous les deux sont incapables de faire valoir eux-mêmes le bien dont ils ont hérité; mais il se présente un fermier solvable, qui offre de les prendre pour neuf années, à la charge de payer 500 livres par an

pour la terre, et la même somme annuelle pour les 10,000 livres : sera-t-il moins permis à l'un de louer son argent, qu'à l'autre de louer son domaine?

Je suis propriétaire d'une maison que je n'habite point. Une personne à qui elle convient fort, se présente pour la louer, et il me promet 50 écus de louage par an; je la lui accorde: mais sachant qu'elle a mille écus dont elle ne fait point d'usage: Monsieur, lui dis-je, vous avez en caisse mille écus qui ne vous sont d'aucun usage, et dont vous ne tirez aucun parti? ma maison vaut autant: je les prendrai, si vous voulez, à titre d'emprunt, et vous en tirerez l'intérêt qui paiera votre loyer; ainsi vous serez bien logé sans rien débourser. Par cet arrangement, nous convenons pour l'utilité réciproque. Je vous offre ma maison, et vous l'acceptez parce qu'elle vous convient: rien de plus juste: vous m'offrez une somme équivalente: je l'accepte de même, cela est également bien. Du reste, comme je me réserve le droit de reprendre ma maison, vous conservez le même droit de répéter votre argent. Ainsi nous nous communiquons l'un l'autre un genre de bien que nous ne voulons pas aliéner; nous consentons seulement de nous en abandonner le service et l'usage. Tenez, tout soit dit, troc pour troc: nous nous accommodons réciproquement.

Concluons donc que dans le prêt à intérêt il n'y a pas la plus légère apparence d'injustice: on y trouve au contraire une utilité publique

et réelle, en ce que c'est une facilité de plus pour les viremens du commerce. Or, en fait de commerce, ce qui est réciproquement utile, est nécessairement équitable. Qu'est-ce, en effet, que l'équité, si ce n'est l'égalité constante des intérêts respectifs, *æquitas ab æquo?* Quand la balance est dans un parfait équilibre, la justice s'y trouve.

Scis etenim justum geminâ suspendere lance (1).

Qu'on reconnaisse donc ce grand principe de tout commerce dans la société : *l'avantage réciproque des contractants est la commune mesure de ce que l'on doit appeler juste ;* car il ne saurait y avoir d'injustice où il n'y a point de lésion. C'est cette maxime toujours vraie, qui est la pierre de touche de la justice ; et c'est elle qui a distingué le faux nuisible d'avec ce qui ne préjudicie à personne : *nullum falsum nisi nocivum.*]

5°. *Du contrat de Société.*

§. XXXI. La société est une convention, par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun leur argent, leurs biens, ou leur travail, dans la vue de partager entre eux le gain, et de supporter la perte qui en arrivera, chacun à proportion qu'il contribue du sien, ou selon

(1) Perse IV, 10.

la manière dont ils sont convenus. Les associés doivent se regarder comme des frères, et travailler aux affaires communes, avec toute la fidélité et le soin dont ils sont capables. Ils ne doivent pas rompre la société à contretemps, ou d'une manière qui tourne au préjudice des autres associés.

§. XXXII. La part que chacun des associés doit avoir aux pertes se règle, ou suivant la proportion de leur part au fond, ou selon qu'il a été convenu entre eux. Si les associés n'avaient déterminé que les portions du gain, celles de la perte seraient réglées sur le même pied. D'ailleurs, comme chacun des associés peut contribuer différemment, les uns plus, les autres moins, de travail, d'argent, ou d'autres choses, il leur est libre de régler différemment leurs portions au gain ou à la perte, à proportion de la différence de ce qu'ils contribuent. Mais il est contre la nature des sociétés, que toute la perte soit d'une part sans aucun profit, et tout le profit de l'autre sans aucune perte. Car toute société doit être faite pour l'avantage commun des associés. *Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret: et hanc societatem leoninam solitum appellare..... Iniquissimum enim genus societatis est, ex quâ quis damnum, non etiam lucrum spectet* (1).

(1) Leg. XXIX, §. 1. Digest., *Pro Socio.*, lib. XVII, tit. II.

On a appelé cette espèce de société, la société du lion, à cause de la fable de Phèdre, *lib. I, fab.* 5.

Numquam est fidelis cum Potente Societas,
Testatur hæc fabella propositum meum.

Vacca, et Capella, et patiens Ovis injuriæ,
Socii fuere cum Leone in saltibus.
Hi cum cœpissent cervum vasti corporis
Sic est locutus, partibus factis, leo.
Ego primum tollo, nominor quia leo.
Secundam quia sum fortis, tribuetis mihi.
Tum, quia plus valeo, me sequetur tertia.
Malo adfligetur si quis quartam tetigerit.
Sic totum prædam sola improbitas abstulit.

§. XXXIII. On contracte quelquefois une société de tous biens généralement; et alors, comme chacun des associés doit faire entrer fidellement dans le fonds commun tout ce qu'il gagne, de quelque manière que ce soit, il peut aussi prendre de-là de quoi s'entretenir honnêtement, suivant sa condition.

[214. Mais comme il peut arriver bien des cas, qui leur fassent prendre envie de se séparer (1), ils doivent, en s'associant, régler d'avance quelle portion du gain reviendra à chacun. Sur quoi Grotius dit, que dans une société de tous biens généralement, il ne faut pas comparer ensemble le profit qui se trouve

(1) *Nulla societatis in æternum coitio est.* DIGEST., lib. XVII, tit. II, leg. LXX.

provenir des biens de l'un ou de l'autre; mais celui que chacun avait lieu vraisemblablement d'en espérer (1); c'est-à-dire, que l'on règle ordinairement les parts selon qu'on croit qu'il reviendra plus ou moins de gain des biens de chacun, ou de leurs accessoires, et non pas en sorte que, dans le partage, chacun prenne d'abord les biens qu'il avait apportés dans le fond commun, et ensuite ce qu'ils ont produit par eux-mêmes. En effet, l'intention de ceux qui mettent leurs biens en commun, est que chacun des associés ait part au gain qui provient des biens des autres. Au reste, le vrai lien des sociétés est la fidélité des associés, et le juge de leurs différends, est le calcul.]

Nous finirons ce qui regarde la société par un beau passage de Cicéron sur la fidélité que des associés se doivent réciproquement.

« C'est une des plus grandes infamies, que » de tromper en la moindre chose, une per- » sonne qui s'est associée avec nous dans l'es- » pérance qu'on lui aiderait à faire valoir ses » propres biens. A qui se fiera-t-on, si l'on est » trompé par ceux-là mêmes sur la bonne foi de » qui on se repose entièrement ? Les crimes qui » méritent d'être punis avec le plus de rigueur, ce » sont, sans contredit, ceux contre lesquels il » est le plus difficile de se précautionner. Or on » peut se garantir des étrangers. Mais il est

(1) Lib. II, cap. XII, §. XXIV, n°. 2.

» impossible que ceux qui nous fréquentent
» familièrement ne voient bien des choses : ce
» ne sont pourtant pas toujours les plus secrètes.
» Mais le moyen d'éviter les friponneries d'un
» associé, duquel il n'est pas même permis de
» se défier, jusqu'à ce qu'on les ait décou-
» vertes ; puisqu'un simple soupçon de mau-
» vaise foi, blesse ce que l'on doit à une per-
» sonne avec qui l'on a contracté une liaison de
» cette nature ? C'est donc avec raison que nos
» ancêtres regardaient comme un très-malhon-
» nête homme, celui qui avaient trompé ses
» associés » (1).

6°. *Des contrats où il entre du hasard.*

§. XXXIV. Outre les différents contrats dont nous avons parlé, il y en a d'autres qui ont ceci de particulier, c'est *qu'il y entre du hasard*, c'est-à-dire, que le succès de la convention en faveur de l'un ou de l'autre des contractants, dépend, ou en tout ou en partie, d'un événement incertain. Telles sont les *gageures*, la plupart *des jeux*, la *loterie*, le *contrat d'assurance*, etc.

Il est de la nature de ces conventions que les contractants donnent un consentement indéfini et d'avance à tout événement ; et par conséquent celui à qui il n'est pas favorable ne saurait raisonnablement se plaindre de la perte qui lui

(1) Pro *Sext. Rosc.* Am., cap. XL.

arrive, à laquelle il s'est soumis volontairement et avec connaissance. Si donc les contractants sont dans la bonne foi, quelque soit l'événement, et quoique l'un ait tout le profit, et l'autre toute la perte, on ne doit faire aucune attention à cette inégalité, et on ne saurait exiger aucun redressement. C'est la loi générale de ces sortes de contrats.

§. XXXV. Les gageures, *sponsiones*, sont des conventions, par lesquelles deux personnes dont l'une affirme et l'autre nie un événement, ou à venir, ou déjà passé, ou bien quelque autre chose, déposent ou promettent de part et d'autre une certaine somme, que doit gagner celui dont l'affirmation se trouvera conforme à la vérité.

Ces sortes de conventions sont en elles-mêmes permises, pourvu qu'elles ne roulent pas sur des choses déshonnêtes, ou illicites, comme si on avait parié pour des joueurs qui jouaient à un jeu défendu. *In quibus rebus ex lege. Titiâ et Publiciâ et Corneliâ etiam sponsionem facere licet; sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet* (1). D'ailleurs, il est de la prudence des souverains, et des magistrats de ne permettre et de n'autoriser les gageures, que lorsqu'elles sont modiques, et proportionnées à la fortune de ceux qui les font. Ce serait sans doute un mal pour les familles et pour la société,

(1) Leg. III, Digest., *De Aleat.*, lib. XI, tit. V.

si l'on permettait aux particuliers de mettre ainsi toute leur fortune au hasard.

§. XXXVI. A l'égard des jeux, on en distingue de trois sortes; des jeux d'*adresse*, des jeux de *hazard* et des jeux *mixtes*, qui sont mêlés de hasard et d'adresse. Il y a plusieurs réflexions importantes à faire sur les jeux.

1°. La première, c'est que le jeu ne doit point être considéré comme un commerce, ou une occupation; mais plutôt comme un délassement, une espèce de récréation.

2°. Cette récréation n'a rien que d'honnête en elle-même, pourvu que l'on demeure dans les termes d'une sage modération, et que l'on n'y emploie ni trop de temps, ni de trop grosses sommes.

3°. Ceux qui font du jeu leur occupation ordinaire, et pour ainsi dire leur profession, péchent manifestement contre la loi naturelle. Car sans parler des passions qui accompagnent pour l'ordinaire le jeu, quand on s'y livre entièrement, et des injustices qui en sont les suites, cette espèce de profession et de commerce étant fondée sur la finesse, c'est-à-dire, allant à enrichir les uns au préjudice des autres, elle doit être regardée comme tout-à-fait anti-sociale.

[215. Il faut cependant remarquer que lorsque l'on dit que la profession du jeu est contre la loi naturelle, cela doit s'entendre plutôt des suites du jeu que du jeu en lui-même; car suivant la loi naturelle, les jeux même de hasard n'ont rien d'injuste; puisque, outre que l'on

s'engage au jeu de plein gré, chaque joueur expose son argent à un péril égal; chacun aussi, comme nous le supposons, joue son propre bien, dont il peut par conséquent disposer. Ces jeux et les autres contrats où il entre du hasard, sont légitimes dès que ce qu'on risque de perdre de part et d'autre, est égal; et dès que le danger de perdre et l'espérance de gagner, ont de part et d'autre une juste proportion avec la chose que l'on joue.]

4°. L'expérience fait voir que les jeux de hazard sont beaucoup plus dangereux que les jeux d'adresse. Comme ce n'est pour l'ordinaire qu'un vil intérêt qui est l'ame de ces jeux, ils sont aussi accompagnés le plus souvent de toutes les suites que peut produire une passion aussi indigne de l'homme.

5°. Ces réflexions font assez sentir combien les souverains sont intéressés à empêcher que les particuliers ne fassent un mauvais usage de leur temps et de leur bien, et à mettre des bornes à la permission de jouer.

Les lois romaines avaient pris de grandes précautions contre les jeux du hazard. La maison où l'on avait joué était confisquée (1). On pouvait maltraiter et injurier impunément celui qui avait donné à jouer; la loi lui refusait toute action à cet égard (2). Et enfin on avait cinquante ans pour redemander l'argent qu'on avait perdu (3).

(1) L. ult. C. *De Aleat.*, lib. XI, tit. V.

(2) L. I, pr. et §. 3. D. *De Aleat.*, lib. II, tit. V.

(3) L. I, C. *De Aleat.*

[216. Mais à proportion que l'oisiveté, le luxe et les richesses augmentèrent, la passion du jeu l'emporta ; puisque parmi les excès que Juvenal reproche aux Romains, celui de mettre tout son bien au hazard du jeu, est marqué précisément dans sa première Satyre, v. 88.

> .... *Alea quando*
> *Hos animos ? Neque enim loculis comitantibus itur*
> *Ad casum tabulæ, posita sed luditur arca.*

Les Lacédémoniens furent les seuls qui bannirent entièrement le jeu de leur république. On raconte que Chilon, un de leurs citoyens, ayant été envoyé pour conclure un traité d'alliance avec les Corinthiens, il fut tellement indigné de trouver les magistrats, les femmes, les vieux et et les jeunes Capitaines tous occupés au jeu, qu'il s'en retourna promptement, en disant que ce serait ternir la gloire de Lacédémone, qui venait de fonder Byzance, que s'allier avec un peuple de joueurs. Nous aurions bien de la peine aujourd'hui de trouver une nation qui ne fût pas Corinthienne à cet égard.]

6°. Quelque jeu que l'on joue, il faut le faire avec un noble désintéressement, qui fasse connaître que c'est bien moins dans la vue de gagner que l'on joue, que par manière de récréation et de délassement. C'est à quoi tout le monde doit faire attention, mais sur-tout les personnes d'une naissance distinguée.

7°. Enfin, il faut inviolablement observer dans le jeu, la sage maxime d'un ancien Philo-

sophe ; « Quand on court dans la lice, disait-il, » il faut faire de son mieux pour remporter » le prix ; mais il n'est pas permis de tendre la » jambe à son concurrent, ni de le repousser » de la main (1).

Nous ne saurions mieux finir ces réflexions sur le jeu, que par ce qu'en a dit madame Deshoulières, qui est également juste et délicat.

Les plaisirs sont amers d'abord qu'on en abuse.
Il est bon de jouer un peu,
Mais il faut seulement que le jeu nous amuse.
Un joueur, d'un commun aveu,
N'a rien d'humain que l'apparence,
Et d'ailleurs il n'est pas si facile qu'on pense,
D'être fort honnête homme et de jouer gros jeu.
Le désir de gagner, qui nuit et jour occupe,
Est un dangereux aiguillon.
Souvent, quoique l'esprit, quoique le cœur soit bon,
On commence par être dupe,
On finit par être fripon.

§. XXXVII. Le *contrat d'assurance* est une convention par laquelle, moyennant une certaine somme, on assure des marchandises qui doivent être transportées, surtout par mer, en sorte que si elles viennent à périr, on est obligé d'en payer la valeur. L'assureur peut exiger plus ou moins, selon qu'il y a plus ou moins de péril. Mais le contrat serait nul, si l'assureur savait que les marchandises étaient déjà arrivées

(1) Cic., *de Offic.*, lib. III, cap. X.

à bon port, ou si le propriétaire des marchandises avait déjà reçu avis de leur perte (1). L'on peut encore rapporter ici l'achat d'une espérance incertaine, comme quand on achète la chasse que fera un chasseur, ou la pêche d'un pêcheur. Car quoique la chasse ou la pêche se trouvent valoir beaucoup plus que ce que l'on avait promis, ou quoiqu'elles ne produisent rien, le contrat doit avoir son exécution. *Voyez la Remarque* 210, pag. 271.

7°. *Des Contrats Accessoires.*

§. XXXVIII. Les conventions accessoires sont celles qui ne se font pas pour elles-mêmes, mais qui en supposent d'autres dont elles font la sûreté. Il y en a deux principales : le *cautionnement*, et le *gage* ou l'*hypothèque*.

Le cautionnement est une convention par laquelle, pour une plus grande sûreté d'un créancier, quelqu'un prend subsidiairement sur soi l'obligation d'autrui, ensorte que si le débiteur principal ne satisfait pas le créancier, la caution est tenue de payer pour lui, sauf à elle à avoir son recours contre le débiteur, pour se faire rendre ce qu'elle a donné en son nom et de sa part.

[217. Il y a principalement trois sortes d'affaires dans lesquelles on s'oblige pour autrui : 1°. En matière d'affaires civiles, c'est-à-dire, de

---

(1) *Voyez Assurance* dans le Dictionnaire du Commerce de M. Savary.

choses et d'actions susceptibles d'estimation à prix d'argent; ce qui a lieu surtout de particulier à particulier. Ceux qui s'engagent pour de telles affaires d'autrui, sont nommés proprement *fidéjusseurs* ou *cautions*. 2°. En matière de crimes; auquel cas ceux qui répondent que l'accusé subira la peine portée par la sentence, sont appelés en particulier des *pleiges*. 3°. Enfin en matière d'affaires publiques, lorsque l'on promet quelque chose qui concerne l'état, sans aucun ordre de ceux qui ont en main l'autorité souveraine; ou lorsqu'on se rend en *otage*.]

Le cautionnement n'étant qu'un accessoire d'un autre contrat, il est clair que la caution ne peut point être obligée au-delà de ce à quoi est tenu le débiteur principal.

[218. Si donc celui-ci ne s'est engagé que sous condition, la caution ne doit rien avant que la condition ait eu son accomplissement. On ne saurait non plus exiger, qu'elle paie en un autre lieu, ou en un autre temps, qu'il n'avait été stipulé du débiteur. Elle est aussi en droit de se prévaloir des exceptions ou fins de non-recevoir, que le débiteur aurait pu opposer, et qui suivent de la nature même du contrat principal. *Ex personâ rei et quidem invito reo, exceptio et cætera rei commoda fidejussori, cæterisque accessionibus competere potest* (1).

Rien au reste n'empêche que la caution ne

(1) Digest., lib. XLVI, tit I, *de Fidejussoribus*, leg. XXXII; et lib. II, tit. XI, *Si quis cautionibus*, leg. VI, etc.

s'engage à quelque chose de moins que ce dont est tenu le débiteur principal. Elle peut, par exemple, ne répondre que d'une partie de la dette; s'obliger sous condition seulement, quoique la dette soit pure et simple; prendre un terme plus long ou un lieu plus commode pour le paiement, que celui qui avait été accordé au débiteur.

Mais il n'est pas contre la raison qu'une caution entre quelquefois dans une obligation plus forte et plus étroite que celle du débiteur principal. Car le créancier n'aurait point consenti à prêter sans la caution qui s'est volontairement présentée pour lui donner une plus grande sûreté de l'exécution du contrat principal; et l'on se trouve souvent contraint d'emprunter par une nécessité pressante. Au lieu que l'on ne se porte à répondre pour autrui que par un principe de libéralité, ou par une vaine ostentation de générosité, ou parce que l'on croit être toujours assez riche. Ainsi, ce n'est pas sans raison qu'un créancier se fâche quelquefois plus contre la caution que contre le débiteur principal. Car la caution est cause qu'il a prêté; et celui qui se charge sans nécessité d'un engagement d'autrui, dont il devait savoir que l'exécution était au-dessus de ses forces, n'est point excusable. *Si vous répondez pour quelqu'un*, disait Chilon, l'un des sept Sages de l'ancienne Grèce, *vous vous en repentirez bientôt* (1).

(1) Diogen. Laert., lib I, §. 73.

Comme les femmes se laissent aisément gagner sur ce chapitre, les lois romaines y ont pourvu par le bénéfice du *Sénatus-consulte Velléïen*, qui portait que les femmes ne pouvaient s'obliger pour qui que ce fût (1).]

Il est aussi naturel que le créancier demande son paiement au débiteur principal, avant que de s'adresser à la caution; car la caution ne s'oblige que subsidiairement, et au cas que le débiteur principal ne puisse pas payer.

[219. Après quoi, s'il ne peut rien tirer de celui-ci, il pourra s'en prendre à la caution. C'est ce que les interprètes du droit romain appellent *bénéfice de discussion*, ou de *postériorité: beneficium excussionis et ordinis*. Il faut remarquer que par l'ancien Droit romain, le créancier avait le choix de s'en prendre ou au débiteur principal ou à la caution, comme il jugeait à propos; à moins qu'on n'en fût autrement convenu. *Jure nostro est, potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur* (2). Que si plusieurs personnes s'étaient rendues caution pour un seul et même fait, le même droit romain ancien donnait la liberté au créancier de s'adresser à quel des confidéjusseurs il lui plaisait, et le faire payer lui seul; car on supposait que chacun des confidéjusseurs était obligé solidairement; ce qui n'est vrai néanmoins, à en juger par la

(1) DIGEST., lib. XVI, tit. I, leg. I, §. 1.

(2) COD., lib. VIII, tit. XLI, *de Fidejussoribus et Mandat.*, leg. V.

raison, que quand tous les autres se trouvent insolvables. Mais l'empereur Adrien ordonna, que, si dans le temps du procès intenté, les cautions étaient solvables, le créancier ne pourrait demander à chacun que sa portion (1). Et en cela consiste ce que les jurisconsultes appellent *bénéfice de division.*

A l'égard des *pleiges*, c'est-à-dire de ceux qui répondent pour autrui en matière d'affaires criminelles, et des obligations qui en résultent, il est certain que selon les règles de la justice humaine, le simple consentement du pleige ne suffit pas pour autoriser à lui infliger la peine corporelle, que le criminel aurait dû souffrir; à moins qu'il ne se soit adroitement mis à la place du criminel pour lui donner occasion de s'évader; car alors le magistrat est en droit de punir à proportion du préjudice que l'état reçoit par-là; ce qui quelquefois peut mériter la mort, surtout si celui qui s'est sauvé, est en état de faire encore bien du mal. Du reste les règles des tribunaux politiques ne permettent pas de faire ainsi mourir une personne pour une autre, et cela non-seulement parce que l'homme ne peut pas sacrifier sa propre vie de sa pure volonté, sans qu'il en revienne aucun bien au public, et pour égargner simplement au criminel la peine qu'il a méritée; mais encore parce que de cette manière la peine n'est point rapportée à son véritable but

(1) Instit., lib. III, tit. XXI, §.4.

et à sa destination naturelle, qui est de corriger le coupable, ou du moins de détourner les autres du crime par son exemple. En effet, le pleige n'est en aucune façon ni l'auteur, ni le complice du crime. Et ceux qui verront punir un innocent, ne seront pas détournés par-là de mal faire; ils auront seulement compassion de lui, ou bien ils admireront la grandeur de son amitié et de sa constance à souffrir la mort pour autrui. L'usage légitime des pleiges est donc seulement de s'engager devant le juge, qui doit connaître du crime, à payer le dommage qui paraîtra en provenir, et l'amende pécuniaire qui sera portée par la sentence; ou bien à représenter l'accusé, s'il est absent, de peur qu'on ne le condamne sans l'entendre, ou, s'il est présent, mais en prison, afin qu'il ne soit pas obligé de plaider sa cause dans les fers. Et, en ce cas-là, le meilleur est que le magistrat fixe avant toutes choses une certaine amende qui doive être payée en cas que le criminel s'évade, afin que le répondant voie si ses facultés lui permettent de s'obliger pour une pareille somme.

Pour ce qui concerne les *otages*, comme ils supposent l'établissement du gouvernement civil, et les traités publics, nous en traiterons dans le *Droit des gens*.]

§. XXXIX. L'autre sorte de convention accessoire, qui sert de sûreté aux contrats, c'est le gage ou l'hypothèque, par lequel le débiteur met entre les mains du créancier, ou lui affecte, pour

sûreté de sa dette, une chose dont le créancier ne se dessaisit point qu'il n'ait été satisfait.

[220. Le gage ou l'hypothèque servant non-seulement pour que le débiteur tâche de s'acquitter au plutôt pour ravoir ce qu'il a engagé ou affecté (1); mais encore afin que le créancier ait en main de quoi être payé, si on ne le satisfait pas, et de quoi s'épargner les chagrins et l'embarras d'un procès (2). Delà vient qu'ordinairement le gage vaut plus que ce que l'on prête, ou du moins il doit valoir autant.]

Quelquefois l'on convient que le créancier retirera les revenus de la chose qu'il a en gage, pour lui tenir lieu de l'intérêt de son argent; c'est ce que l'on appelle un *pacte d'antichrèse*.

[221. Ce qui doit s'entendre des gages qui apportent quelque revenu; car il y en a d'autres qui sont stériles, à l'égard desquels on stipule sous une *clause commissoire*, en vertu de laquelle, si on ne retire le gage dans un certain temps, il demeure au créancier. Par le Droit naturel il n'y a là rien d'injuste, surtout si la valeur de la chose engagée n'excède pas la somme prêtée, et les intérêts du temps limité; ou que le créancier rende le surplus au débiteur. Les lois romaines défendaient cependant de prendre des gages sous cette condition, pour em-

(1) DIGEST., lib. XIII, tit. VII, *De Pigneratitia actione, etc.* leg. XXXV, §. 1.

(2) INSTIT., lib III, tit. XV, *Quibus modis re contrahitur obligatio*, §. 4.

pêcher qu'un avide créancier ne pût aisément dépouiller de leurs biens les pauvres, ou ceux qui étant d'ailleurs accommodés se trouvent pour l'heure dans quelque besoin pressant, en les réduisant à la nécessité de lui donner en gage des choses qui valent beaucoup plus, que ce qui leur est prêté.]

Si le débiteur ne paie pas au temps marqué, le créancier peut vendre le gage ou l'hypothèque pour être payé, ou le garder pour lui à un juste prix.

[222. Bien entendu que cela ait été stipulé dans l'acte de la convention. *Potest ita fieri pignoris datio, hypothecæve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem, justo pretio tunc æstimandam : hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio* (1). En effet, le gage ou l'hypothèque n'est qu'une sûreté exigée par le créancier pour être payé ; ensorte que, si le débiteur ne paie pas au temps marqué, le créancier demandant le remboursement de son argent, il peut avoir recours au magistrat ; car le gage et l'hypothèque n'ont lieu que dans la société civile ; parce que dans l'état de nature, on peut toujours se saisir, faute de paiement, du gage ou de l'hypothèque, et même de tout ce qui appartient au débiteur.

Nous remarquerons encore ici, que le créan-

(1) Digest., lib. XX, tit. I, *de Pignoribus et Hypothecis*, etc., leg. XVI, §. 9.

cier n'acquiert pas la propriété du gage ou de l'hypothèque par droit de prescription ; parce que 1°. le débiteur ne peut pas tous les jours retirer son gage, comme le propriétaire d'une chose qui se trouve entre les mains d'un possesseur de bonne foi, mais seulement lorsqu'il a de quoi payer. 2°. La prescription a été principalement établie afin que l'on ne fût pas toujours dans l'incertitude si l'on est véritablement maître de ce que l'on possède ; ce qui n'est point à craindre ici, puisque celui qui a un gage entre les mains, le garde, non comme sien, mais comme un dépôt appartenant à autrui. D'ailleurs, on voit bien pourquoi le propriétaire du gage le laisse chez le créancier, de sorte qu'on ne saurait présumer qu'il l'abandonne.]

Aussi longtemps que le créancier tient le gage entre ses mains, il doit en prendre autant de soin que de ses biens propres ; et aussitôt qu'il est satisfait, il doit le restituer au débiteur.

[223. Mais si, sans qu'il y ait de sa faute, le gage vient à périr, par un cas fortuit, il ne laisse pas de conserver son droit, qui se transporte seulement sur les autres biens du débiteur ; quoiqu'il ne puisse pas exiger que le débiteur lui donne une autre chose en gage, à la place de celle qui est perdue ; à moins qu'on n'en fût ainsi convenu dans le premier engagement. *Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, à creditore exiguntur* (1). *Quam*

(1) Digest., lib. XIII, tit. VII, *de Pigneratitia actione*, leg. XIV.

(diligentiam exactam) si prœstiterit, et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere (1).]

L'hypothèque ne diffère du gage proprement ainsi nommé, qu'en ce que le gage regarde des choses mobiliaires, qu'on délivre actuellement au créancier; au lieu que l'hypothèque consiste à lui assigner et à lui affecter seulement une certaine chose, surtout un immeuble, au moyen duquel il puisse se dédommager au cas que le débiteur ne le paye pas.

[224. Car, les choses mobiliaires pouvant être aisément emportées, elles n'assureraient pas le paiement de la dette, si elles étaient simplement hypothéquées. Cette distinction peut être d'usage parmi les citoyens d'un même état. Car la nécessité obligeant souvent d'emprunter pour quelque temps, et chacun n'ayant pas toujours à donner en gage, des choses mobiliaires dont la valeur égale la somme que l'on emprunte; il serait fâcheux à un débiteur de remettre d'abord à son créancier, ses terres ou sa maison. Il suffit donc que l'on affecte au créancier, pour sûreté de la dette, un bien immeuble, qui ne saurait être enlevé, et dont on peut toujours être mis en possession par les juges. Sur toutes ces différentes espèces de conventions, il faut consulter Domat, *Lois civiles, etc.*, partie Ire., liv. I, tit. I à VIII.

(1) Instit., lib. III, tit. XV, §. 4.

CHAPITRE XIII.

Comment finissent les Engagemens où l'on est entré par quelque convention.

§. I. On est dégagé, en différentes manières, des engagemens où l'on était entré par quelque convention, et par conséquent des devoirs qui en résultent.

§. II. 1°. La manière la plus naturelle est d'*effectuer* ce dont on était convenu. *Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur* (1). Il n'importe que ce soit la personne même qui s'était engagée, qui s'acquitte de son engagement, ou quelque autre qui le fasse pour elle, et en son nom, car pourvu que le créancier soit satisfait, le débiteur se trouve libéré. Il faut satisfaire celui envers qui l'on s'était engagé, ou ceux qui ont charge de sa part de recevoir en son nom, la chose promise. Enfin, il faut exécuter précisément ce dont on est convenu, et non pas quelque autre chose d'équivalent ; il faut faire ou donner le tout, et non pas une partie seulement, et cela au lieu et au terme du paiement. L'humanité, néanmoins, exige qu'un créancier relâche quelque chose de son droit, et qu'il ait quelques égards pour un débiteur pauvre, en se contentant de ce que celui-ci peut faire.

(1) INSTIT., lib. III, tit. XXX, *Quibus modis tollitur obligatio.*



§. III. 2°. La *compensation* est un autre moyen de se libérer d'un engagement. C'est l'acquit réciproque de deux personnes qui se trouvent débiteurs l'un de l'autre, d'une chose de même espèce et de même valeur, bien entendu que la dette soit liquide de part et d'autre. Par là on évite le circuit inutile de plusieurs paiemens; car les débiteurs mutuels seraient obligés de rendre d'abord ce qu'ils auraient reçu l'un de l'autre ; le plus court est donc que chacun retienne ce qu'il doit en compensation de ce qui lui est dû.

§. IV. 3°. On est encore libéré d'une obligation, lorsque celui envers qui l'on était engagé veut bien nous en *tenir quittes*.

[225. En effet, rien n'est plus certain que la maxime commune qui porte, que chacun peut renoncer à son droit. Or, quand une personne me tient quitte de ce que je lui devais, elle est censée me remettre le droit que je lui avais transféré, en m'engageant. Or, on tient quitte une personne ou expressément ou tacitement. Le premier a lieu, par le Droit romain, dans l'*acceptilation* (1), qui consistait à déclarer que l'on avait reçu ce que le créancier n'avait point effectivement payé ; comme aussi dans la *stipulation Aquilienne* (2) par laquelle on réduisait toute sorte d'obligations à une stipulation dans

---

(1) *Per Acceptilationem tollitur obligatio.* Instit., lib. III, tit. XXX, §. 1.

(2) *Stipulatio Aquiliana renovat omnes obligationes.* Ibid., §. 2.

les formes, après quoi l'on en déchargeait par voie d'acceptilation. Mais tous ces détours subtils ne sont point fondés sur la simplicité du Droit naturel, selon lequel le seul consentement de celui à qui il est dû quelque chose, duement notifié, suffit pour éteindre toute sorte d'obligation, de quelque manière qu'elle ait été contractée.]

§. V. 4°. Les engagemens réciproques se résolvent par un *dédit* mutuel des parties; à moins que quelque raison particulière, ou quelque loi positive, ne défende de rompre le marché une fois fait.

[226. Car il est hors de doute, que les lois positives peuvent défendre, en matière de certaines sortes de conventions, de rompre les engagemens où l'on est une fois entré, lors même qu'ils n'ont été suivis d'aucune exécution. En matière de mariage, par exemple, quoiqu'il ne soit pas encore consommé. Mais si la chose n'est plus en son entier, et que l'un des contractants ait déjà effectué ou en tout ou en partie, ce à quoi il s'était engagé, il ne suffit pas alors d'un simple dédit; comme si, dans un contrat de vente, l'acheteur a déjà payé la marchandise, sans l'avoir reçue, ou que le vendeur, au contraire, l'ait délivrée sans avoir touché l'argent (1). Mais, supposé que l'engagement ne soit pas d'ailleurs insoluble, il faut ou que celui qui a déjà exécuté

(1) DIGEST., lib. XVIII, tit V, *de Rescind. venditione*, leg. II, et lib. II, tit. XIV, *de Pactis*, leg. LVIII.

quelque chose, tienne quitte l'autre de ce qu'il devait faire à son tour; ou que celui-ci le dédommage d'une manière ou d'autre.]

§. VI. 5°. L'*infidélité* de l'un des contractants qui ne tient pas sa parole, dégage l'autre de la sienne, et anéantit ou plutôt rompt l'engagement de celui-ci. La raison en est, que les engagemens respectifs des parties sont renfermés l'un dans l'autre, en forme des conditions tacites.

[227. Comme si l'on avait dit formellement: *je ferai ceci ou cela, pourvu que de votre côté, vous fassiez telle ou telle chose.* Or il est clair, que tout ce qui est fondé sur une condition, tombe de soi-même, du moment que la condition ne se vérifie pas. Un ancien roi des Indes, dont la femme avait été enlevée contre tout droit et raison, par un autre Roi, son allié, « ne » voulut pas, cependant, pour cela, rompre avec » lui, disant que le lien de son serment était si » fort et si sacré, qu'il ne lui permettait pas de » faire aucun mal à ce prince, même après un » outrage si sanglant (1) ». Si ce n'est pas là un conte fait à plaisir, le scrupule de cet Indien, était poussé un peu loin, et rien ne l'obligeait à en user si généreusement envers son perfide allié. Car Thucydide dit très bien, « qu'il n'y a » point de perfidie à repousser les injures, et que » ceux-là seuls violent les traités qui les premiers

(1) Philostrat. Vit. Apoll. Tyan., lib. III, cap. XX.

» commettent quelque acte d'hostilité contre » leurs alliés (1) ».]

§. VII. 6°. Les engagemens qui étaient uniquement fondés sur un certain état des personnes, s'évanouissaient dès le moment que cet état ne subsiste plus. Ainsi, un citoyen n'est plus obligé d'obéir aux magistrats d'une république, du moment qu'il passe dans un autre Etat, ou lorsque ceux qui étaient magistrats ne le sont plus.

§. VIII. 7°. Le *temps* seul anéantit les engagemens, dont la durée dépendait d'un certain terme fixe.

[228. Que si on veut les continuer après cela, il faut une nouvelle convention, qui n'est quelquefois que tacite.]

§. IX. 8°. Un débiteur se libère quelquefois par une *délégation* qui est un acte par lequel on substitue un tiers, qui, étant notre débiteur, s'oblige pour nous, envers un créancier, promettant de lui payer, en notre nom, ce qu'il nous devait lui-même. *Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit* (2). Le consentement du créancier est ici absolument nécessaire, mais non pas celui du tiers débiteur; car quand on doit, il n'importe à qui l'on paye; mais un créancier a grand intérêt à ne pas recevoir toute sorte de débiteurs qu'on voudrait substituer.

(1) Lib. I, cap. CXXIII.

(2) Digest., lib. XLVI, tit. II, *de Novat. et delegat.*, leg. XI.



[229. Il faut faire attention que BURLAMAQUI prend ici le mot de *délégation*, d'après Puffendorf (1) dans un sens un peu différent de celui qu'il a chez les jurisconsultes Romains. Car, suivant ceux-ci, dans la *délégation*, le consentement du débiteur était nécessaire. *Delegatio debiti, nisi consentiente, et stipulante promittente debitore jure perfici non potest* (2). Ainsi notre auteur prend le terme de *délégation*, pour le transport ou la cession d'une dette ; ce qui, dans le Droit Romain, est regardé comme une espèce de vente, que l'on peut faire, sans que le débiteur y consente. *Nominis autem venditio, et ignorante, et invito eo adversus quem actiones mandantur, contrahi solet* (3).]

§. X. 9°. Enfin, *la mort* anéantit les engagemens purement personnels dont elle rend l'exécution impossible. Mais si les engagemens du défunt étaient réels, les héritiers qui succèdent aux biens, sont obligés de les remplir.

CHAPITRE XIV.

Du Mariage.

§. I. Outre les différents établissemens humains que nous avons parcourus jusqu'ici, il y

(1) Liv. V, chap. XI, §. XIII.
(2) Cod., lib. VIII, tit. XLII, *de Novat. et delegat.*, leg. I.
(3) Cod., Ibid.

en a encore quelques autres qui ne sont pas moins considérables, et qu'il faut examiner avec soin, comme étant d'une grande conséquence pour le bonheur de la société humaine; je veux parler du mariage et de la famille.

§. II. La matière du mariage est également importante et délicate. L'on sent assez de quelle importance il est, que cette société, qui est, pour ainsi dire, le principe et le fondement de toutes les autres, soit dirigée par de sages lois; et l'expérience n'a que trop fait voir, qu'un abandon inconsidéré de l'homme aux plaisirs de l'amour, entraîne après lui les suites les plus funestes.

[230. En effet, avant l'établissement des sociétés civiles, les deux sexes, dans le commerce qu'ils avaient ensemble, ne suivaient que leurs appétits brutaux. Les femmes appartenaient à celui qui s'en saisissait le premier :

Quos venerem incertam rapientes more ferarum
Viribus editior cædebat, ut in grege taurus (1).

Elles passaient entre les bras de quiconque avait la force de les enlever, ou l'adresse de les séduire. Les enfants qui provenaient de ces commerces déréglés, ne pouvaient jamais savoir qui étaient leurs pères. Ils ne connaissaient que leurs mères, dont par cette raison ils portaient le nom (2). Personne aussi n'étant chargé de

(1) Horat., lib. I, sat. 3, vers. 109.

(2) Sanchon. apud Eusebium, p. 34. Varro apud August. *de Civit. Dei*, lib. XVIII, cap. IX, etc.



les élever, ils étaient souvent exposés à périr. Un pareil désordre ne pouvait qu'être extrêmement préjudiciable. Il était donc de la dernière conséquence d'établir de la règle et de la tranquillité dans le commerce des deux sexes, d'assurer la subsistance des enfants, et de pourvoir à leur éducation. On n'y est parvenu qu'en assujettissant à de certaines formalités l'union de l'homme avec la femme.

Concubitu prohibere vago, dare jura maritis (1).

Les lois du mariage ont mis un frein à une passion qui n'en voudrait reconnaître aucun. Elles ont fait plus; en déterminant les degrés de consanguinité qui rendent les alliances illégitimes, elles ont appris aux hommes à connaître et à respecter les droits de la nature. Ce sont ces lois enfin qui, en constatant la condition des enfants, ont assuré des citoyens à l'Etat, et donné aux sociétés une forme fixe et assurée. Il n'y en a point qui aient plus contribué à entretenir l'union et la paix parmi les hommes. Aussi l'institution de ces lois est très-ancienne. Ménès, qui passe pour le premier monarque des Egyptiens, avait établi la loi du mariage chez ces peuples (2). Les Chinois en font honneur à Fo-ki, leur premier souverain (3). Les Grecs avouaient être redevables d'un établissement si

(1) Horat., *de Art. Poet.*, vers. 398.
(2) Palæphat. apud Clem. Alex., pag. 43. Cedren., pag. 19, etc.
(3) Extrait des Histoires Chinoises, Lettres édifiantes, tom. XXVI.

salutaire à Cecrops, qu'on doit regarder comme le premier législateur de la Grèce. La fable, dont l'origine remonte jusqu'aux premiers temps, ne nous présente partout qu'une épouse en titre. Jupiter, Osiris, Pluton, etc., n'ont qu'une femme légitime. Les Crétois prétendaient même avoir conservé la mémoire de l'endroit où les noces de Jupiter et de Junon avaient été célébrées. Chaque année on en solennisait l'anniversaire par une représentation fidèle des cérémonies que la tradition disait y avoir été observées (1).]

§. III. Pour traiter cette matière avec quelque précision, nous ferons d'abord quelques remarques préliminaires; ensuite nous en établirons les premiers principes; enfin nous verrons en détail quelles sont les règles que la raison présente à l'homme pour diriger cette société, qui est la pépinière de toutes les autres.

1°. *Remarques préliminaires.*

§. IV. 1°. Comme nous nous proposons de rechercher ici ce que la raison naturelle prescrit à l'homme par rapport au mariage, il faut d'abord prendre garde de ne pas confondre les lois positives, soit divines, soit humaines, avec les lois naturelles. Cette confusion a souvent jeté de l'embarras sur cette matière. C'est ainsi, par exemple, que ce serait mal raisonner que de

---

(1) Diod., lib. V, pag. 388.

nations, suite du prétendu sentiment moral, devrait être une règle des principes les plus généraux du bien et du mal. Les égaremens des nations les plus éclairées, que l'auteur voudrait faire valoir ici, ne l'empêchent pas de lui faire soutenir son sentiment moral; car cela vient, dit-il, ou de ce que nous ne connaissons pas assez leurs mœurs, ou de ce qu'ils sont tout-à-fait abrutis, et ont étouffé la plupart des sentimens de l'humanité, ou de l'état d'une nature abatardie, qu'il faut bien distinguer d'avec l'état naturel de l'homme, dont les principes se conservent presque toujours, etc. (1)

Mais développons la remarque de BURLAMAQUI, qui est une excellente maxime dans la recherche de nos devoirs, et qui, par cette raison, aurait dû être placée à la tête de l'ouvrage. Si le consentement de toutes les nations, au moins les plus policées, était le fondement du Droit naturel, outre que ce fondement ne nous montrerait pas pourquoi telle ou telle chose est prescrite ou défendue par le Droit naturel, c'est dans le fond une méthode bien peu sûre, et environnée d'un nombre infini de difficultés. Car si on en appelle au consentement de tout le genre humain, il naît de-là, comme le montre fort bien Hobbes (2), deux inconvéniens fâcheux. Le premier, c'est que, dans cette supposition, il serait impossible qu'aucun homme

(1) Ibid.
(2) *De Cive*, cap. II, §. 1.

qui ferait actuellement usage de la raison, péchât jamais contre la loi naturelle; car de-là qu'une seule personne, qui fait partie du genre humain, entre dans quelque opinion différente, de celle des autres, le consentement du genre humain deviendrait imparfait. L'autre, c'est qu'il paraît visiblement absurde de prendre pour fondement des lois naturelles le consentement de ceux qui les violent plus souvent qu'ils ne les observent. « Nous sommes tous ainsi faits, disait » Isocrate, nous manquons plus souvent à notre devoir, que nous ne le pratiquons » (1).

On n'est pas mieux fondé à en appeler au consentement de toutes les nations. Car il n'y a personne qui sache, je ne dirai pas les mœurs et les coutumes de tous les peuples de la terre, mais seulement leurs noms. En vain répliquerait-on, que le consentement des nations civilisées suffit, et qu'on ne doit avoir aucun égard aux nations barbares. Car, y a-t-il quelque peuple tant soit peu éclairé et soigneux de sa propre conservation, qui veuille se reconnaître lui-même barbare? Ou, quelle nation sera assez vaine, pour prétendre que toutes les autres se règlent sur elle, et pour se croire en droit de déclarer barbares celles dont les mœurs ne se trouvent pas conformes aux siennes? C'était à la vérité l'idée superbe que les anciens Grecs se faisaient de leur nation par rapport à tout le reste du monde.

(1) *Orat.* ad Philip.

Les Romains leur succédèrent dans ces sottes et orgueilleuses prétentions. Cependant on trouve souvent plus de probité parmi les nations qu'on appelle barbares, que parmi celles qui ont le sot orgueil de se croire civilisées au-dessus des autres. Rien n'est plus judicieux que la réflexion d'un historien latin au sujet des Scythes. « On » ne saurait, dit-il, trop s'étonner de voir que » la nature donne à des peuples ignorants une » sagesse, où les Grecs ne sauraient parvenir » par une étude opiniâtre et par tous les pré- » ceptes de la philosophie, et que les mœurs » des barbares l'emportent sur celles d'une na- » tion polie, par les arts et par les sciences ; » tant il leur est plus avantageux d'ignorer les » vices, qu'ils ne l'est aux Grecs de connaître les » vertus » (1).

Mais quand le consentement des peuples serait plus général qu'il ne paraît, cette seule raison ne fournirait point par elle-même une preuve bien considérable. Car l'expérience fait voir, qu'il y a ordinairement plus de sots que de sages ; que peu de gens forment leurs opinions sur un examen attentif et désintéressé des véritables fondemens des choses ; et que la plupart, au contraire, sans faire presqu'aucun usage de leur propre raison, s'en rapportent aux décisions d'autrui avec une déférence aveugle.

Pour ce qui regarde l'accord de plusieurs

(1) Justin., lib. II, cap. II.

peuples à pratiquer certaines choses, cela servirait plutôt à faire voir que la loi naturelle permet ces sortes de choses, qu'à montrer qu'elle les prescrive positivement. Mais on ne peut pas même toujours tirer sûrement cette conséquence, à cause de la diversité et même de l'opposition qui se remarque entre les mœurs et les coutumes de plusieurs peuples célèbres. On peut en voir quelques exemples dans ce que nous avons dit tome I[er]. au §. XI du chap. III de la II[e]. partie, note 15, pag. 294 et suiv.

Un autre inconvénient qui se trouve à fonder les maximes du Droit naturel sur la conformité des mœurs des peuples, c'est qu'on ne voit point de nation qui se conduise uniquement par le Droit naturel : chacun ayant outre cela ses lois particulières, écrites ou non écrites. Souvent même les affaires que les peuples ont les uns avec les autres se décident ou par un droit civil qui leur est commun, ou par le droit naturel mêlé de plusieurs lois positives qu'on y ajoute. Ainsi il n'est pas facile de distinguer ce que ces peuples croient être de Droit naturel, d'avec ce qu'ils regardent comme simplement de droit civil ou positif. Bien plus : une longue coutume passe souvent pour une loi naturelle (1). Et les préjugés de l'enfance font tant d'impression sur l'esprit, que, tout faux qu'ils sont, on ne pense jamais à les révoquer seulement en doute, à

(1) *Voyez* ce que rapporte Hérodote de la proposition que Darius fit aux Grecs, et puis aux Indiens, liv. III, chap. XXXVIII.

moins qu'on n'ait des lumières et une pénétration au-dessus du commun. « La plupart des » hommes ont été engagés dans certaines opi» nions avant même que d'être en état de dis» cerner le vrai d'avec le faux. Ensuite, lorsqu'ils » sont encore dans l'âge le plus faible, ils se » laissent ou prévenir par les sentimens d'un » ami, ou surprendre aux premiers discours de » quelque autre personne ; ainsi ils jugent des » choses sans les connaître, et ils embrassent la » première secte que le hasard leur présente, » comme un homme après avoir fait naufrage, » s'attache au premier rocher où la tempête le » porte (1). Ils suivent sans examen l'exemple » et le train ordinaire de la vie (2); rien n'est » capable de les faire renoncer aux traditions de » leurs ancêtres, quand même les esprits les » plus éclairés inventeraient quelque chose de » meilleur » (3).]

§. VI. 3°. Une troisième remarque, c'est qu'une des choses qui a le plus contribué à obscurcir cette matière du mariage, sont les principes et les hypothèses des ecclésiastiques, surtout de ceux de la communion romaine. C'est à quoi il est nécessaire de faire attention. Le mariage, considéré en lui-même, est un acte civil; il n'a pas un rapport direct à la religion; c'est donc par des principes tirés de la nature

(1) Cic. Academ. IV, cap. III.
(2) Sext. Empiric. Pyrrhon. hypoth., lib. III, cap. XXIV.
(3) Eurip. Bacch., vers. 201.

même de ce contrat, et du rapport qu'il a à la société humaine, qu'il faut décider les questions particulières qui le concernent, et tout cela n'est point du ressort des ecclésiastiques.

[232. Les ecclésiastiques de l'église romaine prétendent avoir droit sur la législation du mariage, parce que la plupart d'entre eux prétendent que c'est un sacrement. Je dis la *plupart*, parce que dans le XIIe. et XIIIe. siècles on ne croyait pas qu'il fût d'obligation de regarder le mariage comme un sacrement. Thomas, Bonaventure et Scot n'ont pas osé définir qu'il fût de foi que le mariage fût un sacrement. Durand et d'autres scholastiques ont même avancé qu'il ne l'était pas. Au reste, laissons aux théologiens catholiques romains cette dispute, car c'est à eux seulement qu'il a été accordé d'en sentir toute l'importance, et revenons au mariage dépouillé de tout air mystérieux, et tel que les lois naturelles nous le présentent.]

§. VII. 4°. Pour connaître les vrais principes de cette matière, il faut principalement faire attention à la nature de la société conjugale, et aux différentes relations qu'elle renferme. Et on ne peut bien connaître la nature d'une société, qu'en examinant quelle en est la destination et la fin ; j'entends la fin naturelle et légitime, c'est-à-dire, celle que Dieu lui-même s'est proposée.

§. VIII. 5°. Enfin, il faut encore remarquer, qu'en établissant les principes naturels sur le mariage, il ne faut pas le faire d'une manière

trop abstraite et métaphysique, en les rapportant uniquement à l'état primitif et naturel; mais il faut aussi avoir égard à l'état civil, dans lequel les hommes vivent actuellement. Et en effet, ce que la droite raison veut que l'on suive dans la société civile à l'égard du mariage, n'est pas moins de Droit naturel, que ce qu'elle peut ordonner là-dessus dans l'état de nature et d'indépendance. Et par conséquent, si l'état présent de la société exige que l'on resserre un peu plus la liberté de l'homme à cet égard, qu'elle ne le serait peut-être dans l'état de nature; cela même n'a rien que de conforme au Droit naturel.

2°. *Principes généraux sur le Mariage.*

§. IX. La première chose qui se présente quand on examine la nature de l'homme à l'égard des plaisirs de l'amour, c'est cette inclination naturelle qui les y porte. Que cette inclination soit naturelle à l'homme, c'est ce qui paraît évidemment par la différence des sexes; comme encore parce que les mêmes causes naturelles qui contribuent à l'entretien de la vie et des forces, concourent aussi nécessairement à faire naître chez l'homme ces mouvemens qui le portent à l'amour et au plaisir. D'ailleurs ce penchant de l'homme au plaisir est par lui-même si violent, il a un si grand degré de vivacité, qu'il est capable de porter l'homme aux plus grandes extrémités, et qu'il n'y a rien de si dif-

ficile ou de si périlleux qu'il n'ose tenter pour se satisfaire.

[233. On comprendra encore mieux que ce penchant est naturel à l'homme, si l'on fait attention qu'il est une suite des lois physiques du corps humain; car telle est sa constitution, que lorsque rien ne lui manque, l'homme ne saurait éviter et le désir des plaisirs de l'amour, et le vif sentiment de ce violent penchant. Cette disposition physique, qui est la cause naturelle du sentiment dont nous parlons, consiste dans une sorte d'éréthisme des fibres nerveuses des organes de la génération. Cet éréthisme est produit par la qualité stimulante des humeurs particulières qu'ils contiennent, ou par la dilatation des vaisseaux qui entrent dans leur composition, remplis, distendus au-delà de leur ton naturel; effet d'un abord de fluides plus considérable, tout étant égal, qu'il ne se fait dans les autres vaisseaux du corps, ou par tout attouchement, tout contact propre à exciter une sorte de prurit dans ces organes; ou par les effets de l'imagination dirigée vers eux, effets qui y produisent les mêmes changemens que le prurit. D'où s'ensuit une sorte de fièvre dans ces parties, une sorte d'inflammation commençante qui les rend susceptibles d'impressions propres à ébranler tout le genre nerveux, à rendre ses vibrations plus vives; à redoubler le flux et le reflux qui s'en fait du cerveau; ensorte que l'animal, dans cet état, ne sent presque plus son existence, que par celle de ce sens voluptueux qui semble alors

devenu le siége de son ame, de toute sa faculté sensitive, à l'exclusion de toute autre partie, c'est-à-dire, qui absorbe toute la sensibilité dont il est susceptible, qui en porte l'intensité à un point qui rend cette impression si forte, qu'elle ne peut être soutenue long-temps sans un désordre général dans toute la machine. En effet, la durée de ce sentiment fait naître une sorte d'agitation, d'inquiétude, qui porte l'animal à en chercher le remède comme par instinct, dans ce qui peut tirer de cette intensité même des efforts propres à en détruire la cause, en produisant une excrétion des humeurs stimulantes, en faisant cesser l'éréthisme, et par conséquent en faisant tomber dans le relâchement les fibres nerveuses et tous les organes, dont la tension était auparavant comme l'aliment même de la volupté.

Telle est donc la disposition physique, que l'auteur de la nature a voulu employer pour porter l'homme par l'attrait du plaisir, à travailler à se reproduire, comme il l'a engagé par le même moyen à se conserver, en satisfaisant au sentiment qui le porte à prendre de la nourriture : il ne s'occupe, dans l'un et dans l'autre cas, que de la sensation agréable qu'il se procure, tandis qu'il remplit réellement l'objet le plus important qu'ait pu se proposer le conservateur suprême, de l'individu et de l'espèce. Cela est très-bien exprimé dans quelques vers d'une tragédie de Sénèque.

Providit ille maximus mundi parens,

Quum tam rapaces cerneret fati manus,
Ut damna semper sobole repararet novâ
Excedat, agedum, rebus humanis Venus
Quæ supplet ac restituit exhaustum genus,
Orbis jacebit squallido turpis situ.
. . . . Cœlibem vitam probet
Sterilis juventus: hoc erit quidquid vides,
Unius œvi turba, et in semet ruet;
Proinde vitæ sequere naturam ducem,
Urbem frequenta civium cœtus cole (1).]

§. X. Mais quelque naturelle que soit cette inclination, quelque vivacité qu'elle ait par elle-même, il ne faut pourtant par conclure de-là qu'elle ne doive être assujettie à aucune règle, ou que l'homme puisse s'y livrer sans réserve, et satisfaire de quelque manière que ce soit, ses désirs. Au contraire, l'homme se trouve en cela d'autant plus intéressé à suivre les ménagemens les plus sages, que l'expérience de tous les jours nous montre que les plus grands désordres et les plus grands malheurs sont les suites inévitables d'un abandon inconsidéré de l'homme aux voluptés et aux plaisirs; d'où je conclus, que quelque vivacité qu'ait l'instinct naturel de l'homme pour le plaisir, il doit cependant toujours être subordonné à la raison, comme à la règle universelle de tous les mouvemens de l'homme, et qu'il ne peut jamais abandonner sans courir risque de se perdre. J'ajoute même, que plus les aiguillons de l'amour sont vifs, et plus la

(1) Hippolyt., vers. 466 et seq.

raison doit aller au-devant des désordres qu'il pourrait causer. Et en effet, si l'instinct qui porte l'homme à sa conservation, et qui sans doute est de tous les instincts le plus fort, doit pourtant être assujetti à la raison, et le céder au devoir, pourquoi excepterions-nous de cette règle le penchant de l'homme au plaisir ? En un mot, si l'homme était un pur animal, et qui n'eût d'autre principe de direction que l'instinct; l'instinct serait alors la seule règle qu'il devrait suivre. Mais puisque nous trouvons en lui un principe supérieur et plus noble que l'instinct, certainement ce principe doit être la règle universelle de ses mouvemens et de ses actions.

[234. Sur ce même principe, on ne peut que condamner les passions de ces hommes abominables qui, comme dit S. Paul, *changent ce qui est conforme à la nature, en un autre qui est contre nature.* La nature a voulu que les organes qui distinguent les deux sexes servissent à l'accroissement de la famille et nullement à la fantaisie, à la volupté et à l'assouvissement d'un appétit déréglé; et que l'union intime du mariage, en satisfaisant aux appétits raisonnables de la nature, contribuât au bonheur commun des conjoints. Car si une fois on venait à se persuader généralement que l'on peut sans règle se livrer aux impressions charnelles, il n'y aurait plus d'ordre dans le monde, plus de tranquillité dans les familles, plus de force dans les sociétés. Ce qui suffit pour montrer que tout cela est défendu par le Droit naturel : car, sui-

vant la judicieuse remarque de Cumberland, *rien de ce qui ne peut être recherché et pratiqué par tous les hommes, ne saurait passer pour conforme à la raison* (1).

Mais il faut faire ici deux remarques fort importantes sur cette matière. La première, est que l'envie de satisfaire ce désir naturel formée par les aiguillons de l'amour étant une suite nécessaire d'une cause mécanique, c'est-à-dire, de l'éréthisme des fibres nerveuses des organes de la génération, comme nous l'avons remarqué; cette envie, dis-je, n'est pas criminelle, à moins qu'elle ne soit suivie par des actes illégitimes ou qu'elle ne soit excitée par l'intempérance ou par l'habitude. Les casuistes qui n'ont pas distingué ce qui est volontaire, ont fréquemment donné des décisions très absurdes en condamnant comme criminelles dans l'homme les actions naturelles, les plus inévitables.

En second lieu, l'envie de satisfaire cet instinct naturel, ne doit pas être tellement confondue avec la propagation de l'espèce, que toutes les fois que la dernière fin manque, la première soit absolument illégitime. Pour ne rien dire du mariage des personnes âgées, que l'on ne saurait prouver être par lui-même absolument mauvais; il y a des personnes de l'un et l'autre sexe, qui, dans la fleur même de leur âge, sont incapables ou par quelque accident, ou par un défaut na-

(1) Des Lois Naturelles, chap. V, §. 46.

turel, de mettre des enfants au monde, et ne laisent pas d'ailleurs de sentir les mêmes désirs que ceux qui sont les plus propres à la multiplication, supposé que cette incapacité soit connue, comme elle l'est quelquefois d'une manière à n'en pouvoir douter, faudra-t-il condamner de tels gens à une abstinence insupportable? il le faudrait certainement si l'on ne pose pour principe, que la satisfaction du désir dont il s'agit, est aussi naturelle que celle du boire et du manger, et que par conséquent, elle peut être innocemment recherchée en elle-même ; pourvu qu'on le fasse d'une manière qui ne nuise à personne, ni à la société, ni à nous-mêmes, ni à autrui, ni à la multiplication du genre humain, ni à l'éducation commode et honnête des enfants. Ajoutons encore le cas ordinaire du temps de la grossesse des femmes, quand la conjonction du mari et de la femme ne peut point avoir pour but la propagation du genre humain. Ce serait à la nature qu'on devrait imputer le crime, si dans ce cas il y en avait un.]

§. XI. Mais enfin, quelles sont donc les règles que la raison présente à l'homme sur cette matière ?

Je réponds que pour les connaître, il n'y a qu'à faire attention au but que Dieu s'est proposé en formant l'homme susceptible des plaisirs de l'amour. La fin principale que la providence s'est proposée, c'est sans doute la conservation du genre humain. L'homme étant, par sa nature, assujetti à la mort, il aurait fallu nécessairement

ou que Dieu créât tous les jours de nouveaux hommes ou que le genre humain périt avec la première génération, s'il n'avait pas établi un moyen de réparer les pertes de la société.

Ce n'est pas tout encore ; et le but de Dieu, n'est pas seulement que l'homme travaille à la multiplication du genre humain, mais il veut encore qu'il s'applique à cet ouvrage important d'une manière qui soit digne d'un être raisonnable et sociable, et qui pourvoie surtout à l'intérêt des enfants. Cela emporte plusieurs choses ; le soin du corps et de la santé, l'entretien et le perfectionnement des facultés de l'ame, une attention constante aux intérets de la société humaine, la nourriture et l'éducation des enfants ; tout cela est renfermé sous ces idées. Serait-ce effectivement une chose convenable à un être raisonnable et intelligent, de s'abandonner si aveuglément aux premiers mouvemens de la nature, que les plaisirs qu'il cherche, devinssent pour lui une source féconde de douleurs et d'amertumes, que son corps affaibli et son esprit tombé dans la langueur, le réduisissent à un état pire que la mort même ? Conviendrait-il, d'ailleurs, à l'homme qui fait partie de cette société, et qui est né pour elle, de se livrer au plaisir, au préjudice de cette même société, et d'une manière qui en troublât l'ordre et la douceur ?.

§. XII. Enfin il faut, surtout, avoir égard ici à ce que demande l'avantage des enfants, dont la nourriture et l'éducation sont le but principal de la Providence. La société se trouve même si par-

ticulièrement intéressée en cela, que l'on peut dire que l'attention ou la négligence des hommes là-dessus, est la cause prochaine du bonheur ou du malheur de la société en général, de celui des familles, et des particuliers qui les composent.

[235. Horace attribue les malheurs de Rome et les guerres civiles, à la violation des lois matrimoniales :

Fœcunda culpæ secula nuptias
Primùm inquinavère et genus et domos :
Hoc fonte derivata clades
In patriam, populumque fluxit (1).]

§. XIII. Je conclus de ces réflexions que l'on ne doit pas regarder le mariage simplement comme une société qui se termine uniquement à l'union de deux personnes de différent sexe, pour leur avantage particulier, ou pour leur plaisir ; mais qu'il faut, au contraire, l'envisager comme une société relative, et pour ainsi-dire, préparatoire à la société paternelle et à la famille. C'est ce que l'on ne doit point perdre de vue.

Cela étant, il faut dire que le mariage est *la sociéte d'un homme et d'une femme, qui s'engagent à s'aimer et à se secourir, et qui se promettent réciproquement leurs faveurs, dans la vue d'avoir des enfants, et de les élever d'une manière convenable à la nature de l'homme, à l'avan-*

(1) Lib. III, od. VI, vers. 17 et seq.

tage de la famille et au bien de la société. Et comme toute société renferme l'union de plusieurs personnes, pour leur avantage commun, la raison veut que l'on pourvoie ici, autant qu'il est possible, au bien de tous en général, et de chacun en particulier. C'est la loi de l'équité qui le veut ainsi.

§. XIV. Voici donc la règle générale, que la nature et la raison veulent que l'homme suive par rapport au mariage, c'est qu'il faut avoir égard à ce que demande l'avantage du père, de la mère, et des enfants, et que c'est l'utilité combinée de ces trois personnes, sagement ménagée entre elles, et rapportée en dernier ressort au bien de la société, qui doit servir ici de principe et de règle fondamentale.

§. XV. Ajoutons encore deux remarques importantes au principe que nous venons d'établir. La première, c'est que dans le mariage, il ne suffit pas de prendre pour règle, ce qui, considéré en soi-même et à toute rigueur, nous paraît permis, mais qu'il faut encore consulter l'honnêteté et la modération.

[236. « Il y a des choses qu'il ne faut point » faire, dit Ciceron, quoique permises. Mais on » ne doit rien faire de ce qui n'est pas permis(1). » Il n'est proprement permis à personne de » pécher ; si on s'imagine le contraire, c'est une » illusion qui a son fondement dans l'inexacti-

(1) Orat., *pro Balbo*, cap. III.

» tude du langage ordinaire, selon lequel on » dit qu'une chose est permise, lorsque chacun » peut le faire impunément (1). Les jurisconsultes Romains reconnaissent la même vérité. *Non omne, quod licet, honestum est* (2). *Non solum, quod liceat, considerandum est, sed et quid honestum sit* (3).]

Et en effet, il y a plusieurs choses qui, considérées en elles-mêmes, paraissent n'avoir rien de mauvais, et qui cependant auraient des conséquences très fâcheuses, si on les regardait en général comme permises. Et certainement, si la modération est avantageuse à l'homme dans toutes les circonstances de la vie, on peut dire qu'elle est ici d'une absolue nécessité. Car plus les mouvemens qui portent l'homme aux plaisirs ont de vivacité et de force, plus aussi la raison et la loi naturelle doivent elles être attentives à les réduire dans de justes bornes, et à tempérer ce qu'ils pourraient avoir de dangereux dans leurs transports.

§. XVI. Ma seconde remarque, c'est qu'en examinant quelles sont les lois qu'on doit établir par rapport au mariage, il faut principalement avoir égard à ce que demande l'utilité commune, et cela au préjudice même de l'utilité particulière, s'il y avait entre elles quelque opposition. Car, quoique les lois doivent avoir pour but l'utilité

---

(1) Tuscul. V, cap. XIX.
(2) Digest., lib. L, tit. XVII, *de Divers. reg. jur.*, leg. CXLIV.
(3) Ibid., leg. CXCVII.

de chacun en particulier, cependant le bien public et commun est leur premier et principal objet. Il y aurait donc de l'absurdité à préférer la partie au tout ; et les lois qui sont des règles générales et universelles ne doivent point être restreintes à ce que pourrait demander l'intérêt de tel homme en particulier.

Tels sont les principes généraux que la raison nous présente sur le mariage. Nous devons à présent en faire l'application aux questions particulières.

3°. *Détail des Lois Naturelles, concernant le Mariage.*

§. XVII. La première question qui se présente, c'est de savoir si les hommes sont dans quelque obligation de se marier ?

Je réponds, qu'à considérer la chose en général il est certain que l'intention de Dieu est, que le genre humain se conserve au moyen de la propagation de l'espèce. Mais j'ajoute, que l'on ne saurait cependant conclure de-là, que chaque homme en particulier soit dans l'obligation de se marier, en sorte qu'il manque à son devoir s'il néglige de le faire. Et en effet, les vues de la Providence ne sont pas seulement que les hommes se multiplient, il faut de plus que cette multiplication se fasse d'une manière qui tourne à l'avantage du père et de la mère, au bien des enfants, et à celui de la société : et pour cela il est nécessaire que les hommes fas-

sent plusieurs attentions, comme, s'ils ont quelque inclination pour le mariage, s'ils sont en état de remplir les fonctions de père de famille, de nourrir et d'élever leurs enfants, etc. En un mot, c'est ici une affaire de prudence.

[237. En faisant du mariage une affaire de prudence, l'auteur s'écarte de la question. Ce n'est pas seulement dans l'affaire du mariage qu'il faut consulter la prudence, elle doit être consultée dans toutes les actions humaines. Il s'agit de savoir et l'on demande si un homme, qui après examen, a vu qu'il pouvait en suivant les règles de la prudence se marier, est en effet obligé par le Droit naturel de se marier? Je suppose ainsi que le physique et le moral ne lui aient rien refusé pour former un vrai père de famille. Pour peu que l'on examine les vues de la nature, on ne saurait se déclarer pour la négative.

D'abord, les hommes sont rigoureusement obligés par le Droit naturel à tout ce qui contribue essentiellement au soutien de la société: or, le mariage en étant le fondement, on ne peut pas disconvenir que les hommes ne soient obligés par le Droit naturel de se marier. Les Anciens ont presque tous reconnu qu'une telle obligation est conforme à la nature. *Quum autem ad tuendos, conservandosque homines hominem natum esse videamus; consentaneum est huic naturæ, ut sapiens velit gerere, et administrare rempublicam, atque ut è naturâ vivat, uxorem adjungere, et velle ex eâ liberos.*

L'âge auquel l'homme commence à être pro-

pre à se produire, est celui de la puberté; jusqu'alors la nature parait n'avoir travaillé qu'à l'accroissement et à l'affermissement de toutes les parties de cet individu : elle ne fournit à l'enfant que ce qui lui est nécessaire pour se nourrir et pour augmenter de volume ; il vit, ou plutôt il ne fait encore que végéter d'une vie qui lui est particulière, toujours faible, renfermée en lui-même, et qu'il ne peut communiquer ; mais bientôt les principes de la vie se multiplient en lui; il acquiert de plus en plus, non seulement tout ce qu'il lui faut pour son être, mais encore de quoi donner l'existence à d'autres êtres semblables. Voilà la sage économie de la nature, dont il faudrait être bien aveugle pour ne pas reconnaître les vues. De quel usage sera donc dans un célibataire ce mécanisme admirable, de la formation de la semence? Et cette même semence destinée uniquement à la génération, que produira-t-elle, lorsqu'on n'en fait pas l'usage auquel la nature l'a sagement destinée (1)?

Les plus habiles médecins remarquent que quoique le célibat nuise plus rarement que l'usage immodéré qu'on peut faire des plaisirs du sexe, cependant la privation est assez souvent une source féconde de maux pour des personnes que la nature avait particulièrement formées pour le mariage et qui ont beaucoup de tempérament.

(1) La semence, suivant la remarque des plus habiles physiologistes, ne coule jamais, qu'elle ne soit précédée, suivie, et enveloppée du suc des prostates, dont l'usage est de débarquer en sûreté l'homme futur ; ce qui en marque assez la destination.

Car sans parler des fréquentes pollutions nocturnes qui affaiblissent plus que l'embrassement le plus voluptueux ; souvent il leur survient une gonorrhée opiniâtre qui énerve encore davantage : ou si la nature ne se débarrasse pas de la liqueur séminale qui s'accumule, en croupissant elle s'épaissit, s'altère, se corrompt, d'où résultent des obstructions dans ses organes secrétoires, des engorgemens, des varices, des tumeurs, des douleurs vives, effet de la dilatation forcée des canaux, des inflammations, dont les suites sont plus ou moins dangereuses, dégénérant souvent en abcès, ou en squirres, et quelquefois de squirres en cancers. Outre cela, ce caractère d'acrimonie que cette liqueur acquiert par la stagnation occasione très-fréquemment un priapisme, aussi douloureux qu'importun, et dont l'histoire des célibataires fournit plusieurs exemples. Elle attaque même enfin et irrite tout le genre nerveux, et par-là donne lieu non seulement à divers spasmes, mais encore quelquefois à un délire mélancolique ou maniaque. Chez le sexe, rien n'est plus commun que de voir éclorre de cette même source des fleurs blanches, des langueurs, des fièvres lentes, des pâles couleurs, que les médecins nomment *chlorosis*, des vapeurs histériques de toute espèce, et une mélancolie qui dégénère pour l'ordinaire en fureur utérine.

L'inclination aussi générale qu'invincible des deux sexes l'un pour l'autre, le plaisir très-sensible que la nature a attaché à la copulation,

nous marquent assez clairement qu'ils sont faits l'un pour l'autre, et que c'est agir contre les vues les plus marquées de la nature que de ne pas s'unir par un mariage assorti. Comme la gravitation universelle est une propriété générale des corps, ainsi la tendance d'un sexe contre l'autre, est une propriété naturelle et générale de l'homme. Or comme les lois particulières de la gravitation universelle produisent les différentes adhésions des parties constituantes ou intégrantes des corps, que les chimistes appellent *affinités*, ainsi les lois particulières qui sont celles d'une raison éclairée, doivent diriger la tendance universelle des sexes, et en fixer les adhésions particulières. Toute la différence consiste en ce que la gravitation particulière de même que l'universelle sont des forces aveugles; au lieu que si la tendance générale des sexes l'est aussi, la nature a laissé à la raison la direction de la tendance particulière; tout comme, après avoir formé l'homme avec un penchant irrésistible au bien en général, elle a remis entre ses mains le choix de biens en particulier. Mais comme le choix des biens particuliers ne nous autorise pas à les mépriser; ainsi le choix des adhésions particulières ou du mariage ne nous autorise pas non plus à l'éviter. D'autant plus que les suites du célibat sont très-funestes ordinairement à l'état physique, moral et civil du célibataire. Que l'on jette un coup-d'œil philosophique sur ces pelotons de prétendus célibataires fortuitement assemblés sur ces tubérosités éparses

ça et là sur le corps de la société, sur ces corps monstrueux composés de célibataires qui ne tiennent à l'arbre que comme des plantes parasites pour lui enlever la nourriture, et qui ne valent pas la branche la plus viciée; que l'on entre un peu dans l'intérieur de leurs retraites ou de leurs prisons, et l'on se convaincra assez de la vérité de ma proposition.

Enfin, je demande, le mariage n'est-il pas un bien ? Les défenseurs les plus outrés du célibat ne sauraient le contester. Donc tous les hommes doivent embrasser cet état. Nous sommes obligés par le Droit naturel d'embrasser avec empressement tout ce qui est bien, soit physique, soit moral, soit civil ; or, le mariage est un bien à-la-fois physique ,moral , et civil : la nature nous a fourni par un appareil admirable tout ce qui nous était nécessaire pour l'embrasser; si nous ne l'embrassons pas, toutes les provisions de la nature sont pour nous en pure perte, et souvent même funestes, soit au physique, soit au moral, soit au civil, et peut-être à tous les trois ensemble.

Je sais que dans un conflit de biens, il faut renoncer au moindre, et embrasser le plus considérable. Mais dans quelles circonstances prétend-on que le célibat soit un bien préférable au mariage ? Est-ce dans la pauvreté? Un homme sobre qui travaille ne sera jamais pauvre ; il aura toujours de quoi élever suivant son état sa famille ; et le bien de la société demande des hommes de leur état. Les fainéants sont à la vérité pauvres, mais encore la plupart deviennent fort laborieux

dès qu'ils sont mariés, à moins qu'ils ne manquent entièrement de sentimens. On peut même par de bonnes lois les mettre dans la règle s'ils s'en écartaient. Se flatte-t-on d'avoir reçu du ciel le don de continence? Mais ceux qui s'en flattent, savent-ils ce qu'ils disent? Qu'est-ce que le *don de continence*? Est-ce l'étouffement de ce sentiment qui fait naître une sorte d'inquiétude, d'agitation qui porte l'animal à en chercher le remède, par une excrétion des humeurs stimulantes, en faisant cesser l'éréthisme, et par conséquent en faisant tomber dans le relâchement les fibres nerveuses et tous les organes, dont la tension était auparavant comme l'aliment même de la volupté: le don de continence, est-ce, dis-je, l'étouffement de ce sentiment? Mais ce prétendu don nous rendrait stupides; car tel est un homme sans passion, et surtout sans cette passion qui est la plus violente dans l'homme après l'âge de puberté. Or cet étouffement ne peut se faire qu'en empêchant la sécrétion de la semence dans les testicules, et laissant ainsi peut-être la plus belle branche du mécanisme animal oisive; ou par la suppression de l'effet naturel de la qualité stimulante des humeurs particulières contenues dans les fibres nerveuses; suppression qui devrait continuer bien long-temps dans certaines personnes, car du règne de Charles II, roi d'Angleterre, un homme de 120 ans fut accusé d'adultère. Or ces deux moyens sont contre les lois ordinaires de la nature. Il faut donc que l'auteur de la nature s'en mêle. Mais

est-il vraisemblable que l'auteur de la nature suspende les effets des causes physiques pour autoriser par-là les hommes à violer les lois morales? Et à quoi bon accorderait-il ce don, s'il est permis d'appeler ainsi un usage inventé par la superstition la plus grossière, pendant que lui-même a présenté à l'homme un remède très-naturel pour l'éréthisme, et qu'il y a attaché le plaisir le plus vif, afin de le lui faire chercher sans répugnance et même avec empressement, en se conformant par-là aux vues admirables du créateur? Il faut donc être bien téméraire pour oser parler de ce prétendu don de continence.

En effet, il me semble que ceux qui y comptent le plus, n'y font guère attention. Car pour être assuré de ce don, il n'y a que deux moyens; savoir, une révélation expresse de Dieu, ou l'expérience. Le vrai temps de se servir de ce dernier, c'est l'âge où le sentiment des plaisirs est le plus vif, qui n'est pas sûrement celui de la puberté, âge où la nature se renouvelle, mais où elle ne s'affermit pas encore. Le physique de l'homme se développe avec toute sa force entre vingt et trente ans. Mais ces pauvres victimes de la superstition qui, par un vœu solennel, s'engagent à vivre dans le célibat pendant toute leur vie, avant même l'âge de puberté, ne sauraient être assurées du don de continence par l'expérience: il faut donc une révélation expresse de la divinité; mais comme Dieu ne se révèle pas si aisément aujourd'hui, ces prétendus célibataires, dépourvus du don de continence qu'on leur avait fait espérer,

qui s'intéressaient à mon bonheur, pour fixer ma forte tendance au beau sexe en général, à un objet particulier : heureusement le choix fut conforme à mes désirs ; ayant fait choix d'une femme capable de rendre heureux l'homme le plus difficile. J'entrai donc dans l'état du mariage que vous avez évité pour être vertueux, c'est-à-dire, dans cette alliance, ou dans cette union légitime, par laquelle, suivant les principes de votre église, un homme et une femme s'engagent à vivre ensemble le reste de leurs jours comme époux et épouse, et dans cette union que Jésus-Christ a instituée comme le signe de son union avec l'église, et à laquelle il a attaché des graces particulières pour l'avantage de cette société, et pour l'éducation des enfants qui en proviennent. Lors donc que la fièvre attaquait les fibres nerveuses des organes de la génération, le remède était tout prêt, parce que je le trouvais chez moi sans le chercher ailleurs ; il était infaillible, parce que je ne risquais pas que le médecin, ni l'apothicaire se trompassent, étant celui même que l'auteur de la nature présente à tous les hommes. Mais vous, pour être vertueux, que faisiez-vous dans ces occasions ? Au lieu de recourir au remède de la nature que Jésus-Christ, suivant vous, a même élevé à la dignité de Sacrement, vous sentiez les aiguillons, vous tâchiez de les étouffer ; ils redoublaient naturellement, car la qualité stimulante de la liqueur séminale obligée à sortir du corps par transpiration, augmentait, parce que le sel qui est la cause de cette qualité, ne transpi-

rant pas avec la même facilité que les autres parties de cette liqueur, reste dans les vaisseaux, se fond dans la nouvelle semence, qui par conséquent doit être toujours plus salace, et capable de donner des assauts plus rudes à votre vertu. Vous étiez alors inquiet, agité, tourmenté, et incapable de vaquer aux fonctions naturelles et civiles. Vous avez fait sans doute fort souvent usage des conseils de votre confesseur, aussi bon théologien que physicien : vous aurez eu recours à son insinuation, à l'eau fraîche, à la prière, aux mortifications de votre corps ; mais l'expérience vous aura assez appris, que vous n'avanciez guère, parce que sûrement ce n'étaient pas là les moyens prescrits par la nature de vous guérir, et vous n'avez guéri à la fin que par le remède de la nature affaiblie par l'âge, et épuisée avant le temps par les coups violents auxquels votre opiniâtreté l'a si longtemps assujettie.

Il y a plus encore. En suivant les vues de la nature dans la production de la fièvre vénérienne, et en en cherchant le remède là où elle a voulu que les hommes le cherchassent, à la relation de mari, elle m'a accordé aussi celle de père d'un nombre assez considérable d'enfants, en qui je me suis vu revivre aussi souvent que cette relation s'est multipliée. Et à mesure qu'elle se multipliait, je sentais augmenter chez moi la tendresse envers ma femme par les nouveaux gages de notre amitié, le courage à l'industrie et au travail pour être en état de m'acquitter du devoir sacré de leur éducation ; l'attachement à mes

semblables dont je reconnaissais les secours d'autant plus nécessaires que le nombre des personnes pour qui j'en avais besoin augmentait; le respect aux lois et au souverain, sous la garantie desquels je voyais pouvoir vaquer tranquillement et sûrement à l'éducation de ma famille, et à son établissement. Et tout en perpétuant mon nom, elle augmente le nombre des sujets du souverain, des membres de la société, et par conséquent les vraies richesses du pays.

Mais vous, Monsieur, en quoi, avec votre vertu, vous êtes vous rendu utile à la société? N'y ayant point de lien naturel, vous étiez tout prêt à rompre le lien civil; et si vous ne l'avez pas rompu, c'est parce qu'on a été assez complaisant pour s'accommoder à toutes vos fantaisies; car si l'on s'était avisé de vous contrarier dans la moindre bagatelle, vous auriez tourné brusquement le dos à cette société dont vous étiez obligé de prendre à cœur tous les avantages que vous auriez pu lui procurer. Indépendant des autres, et ne vivant qu'à vous-même et pour vous-même, vous ne vous êtes que très-difficilement prêté aux besoins de l'humanité; d'autant plus que dans votre état de célibataire n'en connaissant point les plus importants et ceux qui intéressent plus vivement les hommes, vous ne pouviez pas sentir assez la nécessité de vous y prêter. En un mot, en vivant isolé et dans la solitude, vous vous serez peut-être acquitté des devoirs envers vous-même; mais pour ce qui regarde ceux envers votre prochain, et envers la

société en général, vous les aurez très-mal remplis, parce que n'étant qu'homme à demi, vous avez manqué à ceux que la nature demande de nous avec le plus d'empressement. Vous n'avez donc été ni membre utile à la société, ni bon citoyen.

Or, dites-moi, Monsieur, qui de nous deux, s'est conduit conformément aux lumières de la raison, qui de nous deux à marché par les voies adorables de la Providence, qui de nous deux a répondu aux vues très-sages de la nature, qui de nous deux enfin, mérite le plus de louanges pour s'être acquitté de plus de devoirs, en entrant dans les engagemens les plus sacrés de la nature? Est-ce vous l'homme vertueux pour avoir vécu dans le célibat, c'est-à-dire pour avoir tenu à l'arbre comme une branche inutile; pour avoir combattu sottement toute votre vie contre les aiguillons de l'amour qui vous appelaient à vous conformer aux vues de la nature, et à vous montrer homme dans toute l'étendue du terme, citoyen dans sa véritable signification? Il faut être bien déraisonnable, Monsieur, pour vous en persuader, et entièrement aveugle pour ne pas voir clair dans un si beau jour.

Mais si les hommes sont obligés par le Droit naturel de se conformer aux vues de la nature en se mariant, pourquoi les lois civiles ne rappellent-elles pas à l'état du mariage ceux d'entre les hommes qui paraissent sourds à la voix de la nature? Je réponds que le dégoût pour le mariage est une suite naturelle de la corruption des mœurs.

L'histoire de Sparte, d'Athènes, de Rome, que dis-je? l'histoire de toutes les nations démontre ma proposition. Si l'on veut que les efforts des lois civiles puissent mettre en honneur le mariage, et faire écouter aux hommes la voix de la nature, il faut commencer par réformer les mœurs. Mais hélas! quelle pauvre ressource pour redresser le cœur humain corrompu que les lois civiles! quelle triste figure font à Rome les Censeurs, à Athènes les Aréopagites, les Ephores à Lacédémone, lorsque ces respectables magistratures ne sont plus occupées à prévenir ce qui serait capable d'altérer les mœurs; mais seulement à les venger, à les remonter lorsqu'elles sont déchues. Nos tribunaux de réforme, et nos consistoires ne les représentent pas mal. Le prince qui ait eu le plus à cœur le mariage de ses sujets, a été sans contredit Auguste. Tout le monde connaît les lois qu'il porta contre les célibataires, et les récompenses qu'il proposa à ceux qui entraient dans le mariage. Elles étaient certainement capables de déterminer ceux qui auparavant y avaient le plus d'éloignement. Mais comme la corruption était au comble, ses lois furent à peu près inutiles; ce qu'il fut obligé de reconnaître trente-quatre ans après qu'il les eut données; car ayant fait séparer les chevaliers romains qui lui en demandaient la révocation, en faisant mettre d'un côté ceux qui étaient mariés, et de l'autre ceux qui ne l'étaient pas; ces derniers parurent en bien plus grand nombre. Alors Auguste, avec la gravité des anciens censeurs, leur

tint ce discours : « Pendant que les maladies et
» les guerres nous enlèvent tant de citoyens,
» que deviendra la ville, si on ne contracte plus
» de mariage ! La cité ne consiste point dans les
» maisons, les portiques, les places publiques ;
» ce sont les hommes qui font la cité. Vous ne
» verrez point, comme dans les fables, sortir des
» hommes de dessous la terre pour prendre soin
» de vos affaires. Ce n'est point pour vivre seuls
» que vous restez dans le célibat : chacun de vous
» a des compagnes de table et de lit ; et vous ne
» cherchez que la paix dans vos déréglemens.
» Citerez-vous l'exemple des vierges vestales ?
» Donc si vous ne gardiez pas les lois de la pu-
» dicité, il faudrait vous punir comme elles.
» Vous êtes également mauvais citoyens, soit
» que tout le monde imite votre exemple, soit
» que personne ne le suive....... J'ai augmenté
» les peines de ceux qui n'ont point obéi : et à
» l'égard des récompenses, elles sont telles que
» je ne sache que la vertu en ait encore eu de
» plus grandes. Il y en a de moindres qui por-
» tent mille gens à exposer leur vie ; et celles-
» ci ne vous engageraient pas à prendre une
» femme et à nourrir des enfants ? » Rien sans doute de plus sensé que ce discours. Mais le goût pour le mariage tient naturellement à l'innocence des mœurs, et la corruption était parvenue à son comble au temps d'Auguste dans tout l'empire romain ; et un peuple entièrement corrompu est irréformable. Aussi les belles réflexions d'Au-

guste n'eurent-elles pas un succès plus heureux que ses lois.

Quoiqu'il en soit, il est de l'intérêt de la société et du souverain d'encourager les mariages par tous les moyens possibles, et l'histoire nous apprend que chez les nations les plus sages, il y avait des récompenses et des priviléges pour ceux qui devenaient pères de plusieurs enfants, et même des peines établies contre le célibat. Car non-seulement la principale force d'un état consiste dans le nombre des habitants; mais on a toujours remarqué que les gens mariés, les pères de plusieurs enfants, sont meilleurs citoyens et beaucoup plus attachés au gouvernement, au bien public que les célibataires. La raison en est manifeste; puisque les premiers tiennent à la société par beaucoup plus de liens : nos enfants sont d'autres nous-mêmes; ils sont pour ainsi dire, des branches d'un même tronc qui ne font qu'un tout avec lui : c'est pour ainsi dire un extension de l'amour de soi-même.

Le mariage appartient donc plutôt à la politique, qu'à la religion, pour ne pas dire que c'est une union entièrement civile. Car ce ne sont que les familles qui composent et entretiennent le corps politique. Ni les corps et les colléges qui s'y rencontrent, considérés uniquement comme tels, ni un assemblage de citoyens pris comme des individus, ne mériteraient pas ce nom; ce seraient des sociétés momentanées qui se détruiraient chaque jour. Or c'est dans l'objet des familles, et pour les former, que le

mariage a mérité les premières attentions des législateurs. Une populace sans ordre, sans lien conjugal, sans propriété particulière, serait une confusion dans laquelle une société serait bientôt absorbée. Moïse ne laissa guère aux hommes la liberté de se marier. Lycurgue fit plus, il nota d'infamie les célibataires. Il y avait même une solennité particulière à Lacédémone, où les femmes les produisaient tous nus aux pieds des autels, et leur faisaient faire à la nature une amende honorable, en infligeant une correction très-sévère. Ces républicains poussèrent encore leurs précautions plus loin, ils publièrent des réglements contre ceux qui se mariaient trop tard, ὀψίγαμοι et contre les maris et les femmes qui ne vivaient pas bien ensemble, κακογάμοι.

Chez les Romains les censeurs étaient chargés d'empêcher le célibat, préjudiciable à l'Etat ; *cœlibes esse prohibento*. Pour le rendre odieux, ils ne recevaient les célibataires ni à tester, ni à rendre témoignage ; et voici la première question que l'on faisait à ceux qui se présentaient pour prêter serment : *Ex animi tui sententia, tu equum habes, tu uxorem habes ?* Dites-moi en votre ame et en votre conscience, avez-vous un cheval, avez-vous une femme ? Ils ne se contentaient pas même d'affliger les célibataires dans ce monde, leurs théologiens les menaçaient aussi de peines extraordinaires dans les enfers. *Extrema omnium calamitas et impietas accidit illi qui absque filiis à vita discedit, et dæmonibus maximas dat pœnas post obitum.* Au

contraire, ceux qui avaient trois enfants, étaient exempts de garde : ceux qui en avaient quatre étaient francs de tout impôt et de toute charge, ce qu'on appelait, *jus trium liberorum, etc.* (1).

Les Rois de Perse, au rapport de Strabon (2), proposaient tous les ans des prix à ceux qui auraient un plus grand nombre d'enfants. Victor Amédée, dernier Roi de Sardaigne, ordonna que ceux de ses sujets qui auraient douze enfants légitimes, seraient exempts, leur vie durant, de toutes impositions et charges publiques sur leurs biens, aussi bien que des droits de gabelle et autres, pour les marchandises et les denrées nécessaires à l'entretien, et qu'on compterait au nombre de ces enfants ceux du premier degré, les enfants des enfants prédécédés, et ceux qui seraient morts au service du prince, en occasion de guerre. Le grand Pontife Benoît XIV, bien plus zélé pour le bien de l'humanité que pour celui des prêtres, rétablit les priviléges dont jouissaient chez les anciens Romains ceux qui avaient douze enfants. Louis XIV en fit autant, en étendant à tous ses sujets un pareil privilége, dont depuis long-temps jouissait la province de Bourgogne, etc.]

§. XVIII. Mais si l'on réfléchit attentivement sur la constitution de la nature humaine, et sur les principes que nous avons établis ci-devant, l'on sentira qu'il n'est nullement convenable

(1) *Voyez* J. Lips. *Excurs.* in Tacit. Ann. III, 25.
(2) Geogr., lib. XV.

que la propagation de l'espèce se fasse par des conjonctions vagues et licencieuses. Cela serait directement opposé à la multiplication même du genre humain, à l'avantage du père et de la mère, et surtout à celui des enfants ; ce qui suffit pour faire envisager cette licence comme contraire au droit de la nature.

[238. Certainement ces conjonctions vagues ne mettraient pas une grande différence entre l'homme et les bêtes brutes ; et il y aurait dans le monde un plus grand nombre de querelles au sujet des belles femmes, qu'on ne voit de combats entre les taureaux. C'était la vie des anciens habitants de l'Attique, avant Cécrops, qui abolit la communauté des femmes, et établit le mariage d'un avec une : d'où vient qu'on le représentait avec deux visages, soit parce que, depuis ses lois matrimoniales, chacun pouvait connaître son père aussi bien que sa mère ; soit parce que par le lien du mariage, il unit, pour ainsi dire, deux personnes en un seul et même corps. Il est donc nécessaire d'assujettir le mariage à certaines lois.]

§. XIX. Pour parvenir à connaître quelles sont ces lois, il faut d'abord remarquer, qu'on peut considérer le mariage sous deux vues différentes ; savoir, ou simplement comme un contrat, une société ; ou bien comme une société qui a pour but le bonheur commun des conjoints, la propagation de l'espèce, et l'éducation des enfants.

Le mariage, considéré sous la première vue,

exige, comme toute autre convention, que ceux qui le contractent aient l'usage de la raison, et qu'ils y donnent leur consentement, avec connaissance de cause, dans une entière liberté; et par conséquent que ce consentement soit exempt d'erreur, de surprise et de violence. C'est ce que reconnaissent les jurisconsultes Romains. *Furor contrahi matrimonium non finit, quia consensu opus est* (1). *Non cogitur filius uxorem ducere* (2). *Invitam libertatem uxorem ducere patronus non potest* (3). *Neque ab initio matrimonium contrahere..... quisquam cogi potest; unde intelligis liberam facultatem contrahendi..... matrimonii transferri ad necessitatem non oportere* (4).

§. XX. Mais si l'on envisage le mariage comme une société qui a pour but principal la propagation de l'espèce, cette société exige alors plusieurs choses, qui sont une suite nécessaire de la fin pour laquelle elle est établie.

1°. Et premièrement, il est nécessaire que les parties contractantes soient en âge de puberté, c'est-à-dire, capables d'avoir des enfants.

[239. L'âge de puberté diffère chez les différents peuples, et semble dépendre de la température du climat, et de la qualité des aliments. Dans les villes et chez les gens aisés, les enfants

(1) L. 16, §. 2. De R. N., lib. XXIII, tit. II.
(2) L. 21, eod.
(3) L. 28, eod.
(4) L. 14, l. De N.

accoutumés à des nourritures plus succulentes, arrivent plutôt à cet état; à la campagne et parmi les pauvres, les enfants sont plus tardifs, parce qu'ils sont plus mal nourris. Il leur faut deux ou trois années de plus. Dans toutes les parties méridionales de l'Europe, surtout dans les villes, la plupart des filles sont pubères à douze ans, et les garçons à quatorze; mais dans les provinces du nord et dans les campagnes, à peine les filles le sont-elles à quatorze et les garçons à seize. Dans les climats les plus chauds de l'Asie, de l'Afrique et de l'Amérique, la plupart des filles sont pubères à dix et même à neuf ans.]

§. XXI. 2°. Un homme qui se marie veut avoir des enfants qui soient à lui, et non des enfants supposés ou bâtards; c'est donc une condition essentiellement nécessaire au mariage, que la femme promette à l'homme qui l'épouse une entière fidélité, et qu'elle n'accorde qu'à lui seul l'usage de son corps. C'est l'intérêt du mari, de la femme même, et des enfants, qui le veut ainsi. Où est l'homme qui voulût s'embarrasser d'une femme, s'il ne la croyait pas grosse de son fait? Qui est celui qui voudrait se charger de l'éducation des enfants qu'il ne saurait pas lui appartenir? Et comment reconnaîtrait-on ses enfants, si les femmes ne s'engageaient pas à une entière fidélité? Ajoutez à cela, que si on accordait aux femmes une plus grande liberté à cet égard, cela anéantirait les liens les plus forts et les plus doux du mariage,

et qui résultent de leurs enfants communs, tendres gages de leurs amours.

En un mot, cette licence ne saurait avoir d'autre but, que celui de satisfaire une passion désordonnée ; et cela étant, on ne saurait lui donner des bornes ; mais quelle confusion, quel désordre cela ne produirait-il pas ? Concluons donc que rien n'est plus contraire aux lois naturelles et aux principes qui doivent ici nous servir de règles, que cette espèce de polygamie par laquelle une femme aurait en même-temps plusieurs maris.

[240. Mais si dans cette espèce de polygamie, les enfants étaient déclarés enfants de l'Etat, et qu'on secourût les femmes enceintes aux dépens du public, serait-elle contraire au droit naturel? Il semble que Lycurgue était persuadé de la négative, car « il permettait à ceux qui en » étaient dignes d'avoir des enfants en com- » mun » (1). Platon ne pensait pas autrement dans sa *République*, et plusieurs peuples anciens (2). Thomas Campanella voulut aussi l'introduire dans sa *Ville du Soleil*. Un écrivain moderne fort célèbre, ayant préalablement déclaré que c'est en qualité de philosophe et non de théologien, qu'il écrit, décide que la communauté des femmes n'est point dangereuse, si les enfants sont déclarés enfants de l'Etat. Et il trouve même fort de son goût ce principe :

(1) Plutarque dans sa vie.

(2) *Voyez* Puffendorf, liv. VI, chap. I, §. XV, not. 1.

» Qu'il faut, sans contredit, défendre aux
» hommes tout plaisir contraire au bien général;
» mais qu'avant cette défense, il fallait, par
» mille efforts d'esprit, tâcher de concilier ce
» plaisir avec le bonheur public. Les hommes,
» ajoute-t-il, sont si malheureux, qu'un plaisir
» de plus vaut bien la peine qu'on essaie de le
» dégager de ce qu'il peut avoir de dangereux
» pour un gouvernement; et peut-être serait-il
» facile d'y réussir, si l'on examinait, dans ce
» dessein, la législation des pays, où ces plaisirs
» sont permis. »

Mais tout ce que l'on peut dire en faveur de la pluralité ou de la communauté des femmes, ne prouvera jamais que cette espèce de polygamie ne soit contraire au Droit naturel. Car, la fin naturelle et régulière du mariage, c'est d'avoir des enfants, dont on soit assuré d'être le père. Or, le moyen de connaître les siens dans cette confusion et cette communauté de femmes? De plus, une femme ne pouvant devenir grosse en même-temps que d'un seul homme, on cherche ici uniquement à satisfaire ses désirs charnels; et on confond, ou pour mieux dire, l'on détruit entièrement les tendres liaisons de la parenté, et par conséquent les devoirs qui en résultent. D'ailleurs, ce qui fait la principale différence entre le mariage des hommes et l'accouplement des bêtes, c'est l'engagement où les femmes entrent, de n'accorder l'usage de leurs corps qu'à leurs maris. Si donc un lâche mari dispense sa femme de la foi qu'elle lui a donnée, en souf-

frant des substitués dans les fonctions conjugales, il ne mérite pas le nom de mari, ni d'homme même ; et il ne peut être regardé que comme un infâme perturbateur de l'ordre convenable à la société humaine.

Ce sentiment inquiet et rongeant, que l'on appelle *jalousie*, et qui accompagne l'amour qu'on a pour une femme, prouve évidemment aussi que la communauté des femmes n'est pas conforme aux intentions de la nature. Car, dans l'opinion que nous combattons, il est certain qu'on devrait laisser les femmes un bien commun, comme l'eau d'une rivière, et qu'ainsi il y aurait une basse envie à sentir un grand déplaisir de ce qu'un autre se désaltère à la même source. Mais puisque selon la destination du Créateur, les hommes doivent vaquer à la propagation de leur espèce d'une manière digne d'une créature raisonnable et sociable, la jalousie en elle-même, réduite à ses justes bornes, n'est pas plus injuste ni plus ridicule, que le penchant naturel qui porte les deux sexes à s'unir ensemble ; et la nature a sagement mis dans les hommes ce sentiment délicat, comme un fidèle gardien de la chasteté des femmes, dont plusieurs maris se seraient fort peu mis en peine, ou les auraient même dispensées sans cela. Aussi voyons-nous que ce sentiment est plus vif chez les peuples, dont les femmes penchent le plus à enfreindre les liens du mariage. Le droit encore que la nature accorde au mari de tuer sa femme surprise en adultère, fait assez sentir la sainteté du con-

trat et l'obligation indispensable où se trouvent les parties contractantes de ne jamais accorder l'usage de leurs corps à qui que ce soit. Enfin, comme l'envie de satisfaire le penchant naturel qui forme les aiguillons de l'amour, doit aussi être pris en considération dans le mariage, et que le mari ou la femme se soucieraient fort peu de se prêter à ce désir, si l'un ou l'autre se trouvait épuisé par d'autres copulations, il s'ensuivrait que l'on manquerait essentiellement aux engagemens réciproques du mariage, et par conséquent que le droit naturel n'accorde à la femme qu'un mari, et au mari qu'une femme : c'est aussi la nature du mariage, qu'on ne saurait exclure entièrement du genre humain sans mettre au même niveau la propagation des hommes et celle des bêtes.

Que si la voix de la nature se déclare contre les conjonctions vagues, et la communauté des femmes, je ne comprends pas comment la saine politique pourrait décider autrement, puisqu'il n'y a de vraie politique que celle qui est fondée sur les maximes éternelles et immuables du Droit naturel ; et qu'on ne peut espérer de rendre heureuse une société d'hommes en s'écartant des maximes qui sont fondées sur la nature de l'homme. Bayle lui-même, qui d'ailleurs soutient fort et ferme, « qu'à ne suivre que la raison » séparée de la Grâce, et de la lumière de la foi, » on ne ferait pas plus de difficulté de prêter sa » femme, que de prêter un livre, et que sans » la ridicule crainte du cocuage, la raison eût

» plutôt conseillé la communauté que la pro-
» priété des femmes » (1) : ce même Bayle, dis-je, reconnaît au même endroit (2) que « la » communauté des femmes serait une source de » confusion dans la société civile » ; inconvénient qu'on ne diminuerait pas sûrement en déclarant les enfants qui en proviendraient enfants de l'Etat.

J'avoue enfin qu'un sage législateur doit tâcher de concilier, autant qu'il peut, le plaisir de l'homme avec le bonheur public ; car, dans le fond, ce public n'est que la société des particuliers ; et en travaillant au bonheur des membres, on travaille en même-temps à celui du corps. Lors donc que le plaisir est innocent, le législateur n'a pas grande peine à concilier ces deux choses, il n'a qu'à suivre la route naturelle. Mais lorsque le plaisir est criminel, et contraire aux devoirs les plus sacrés de l'humanité, je dis que cette conciliation est impossible, parce qu'elle est contradictoire ; et je défie M. Helvétius de projeter un plan de législation, où l'on trouve combinés la communauté des femmes avec le bonheur de l'Etat : l'examen de la législation des pays où ces plaisirs sont permis, ne l'y conduirait certainement point ; car ce ne serait pas sans doute des nations barbares, telles que les Taprobaniens, les Ichthyophagiens, les Hylophagiens,

(1) Lettre XVII, §. 5.
(2) §. 2.

les Nomades, les Garamantes, les Troglodytes, les Agathyrs et quelques peuples de l'Amérique et de l'Asie, dont il voudrait adopter la législation.]

§. XXII. 5°. C'est une conséquence de tout ce que nous venons de dire, qu'une femme s'engage à être toujours avec son mari, à vivre avec lui dans une société très-étroite, et à ne faire qu'une même famille. C'est le meilleur moyen pour bien élever ses enfants; le père et la mère doivent unir leurs soins pour cela. Par là le mari est plus assuré de la chasteté de son épouse, et ils sont l'un et l'autre plus à portée de se rendre la vie douce et agréable.

[241. D'où il s'ensuit, que le mariage le plus régulier, le plus parfait, et le plus conforme au Droit naturel, et à la constitution de la vie civile, renferme, outre la promesse de s'accorder réciproquement l'usage de son corps, un autre article, par lequel la femme s'engage à être toujours auprès de son mari, à vivre avec lui dans une société très-étroite, et à ne faire avec lui qu'une même famille, pour élever plus commodément leurs enfants et pour se donner l'un à l'autre des secours et des plaisirs mutuels. Ce qui renferme une promesse tacite de se conduire l'un envers l'autre d'une manière conforme à la nature et au but d'une telle société. « Un bon ma-» riage, dit Montaigne, est une douce société » de vie, pleine de constance, de fiance, et » d'un nombre infini d'utiles et solides offices

» et obligations mutuelles. Aucune femme qui
» en savoure le goût,

..... *Optato quam junxit lumine tæda* (1).

» ne voudrait tenir lieu de maîtresse à son
» mari (2) » Ces femmes donc qui, livrées entièrement à la dissipation, et toutes occupées de parure, et de sociétés de plaisir quotidiennes, ne s'embarrassent guère ni du soin domestique, ni de l'éducation de leurs enfants, ni des attentions qu'elles doivent à leurs maris, manquent essentiellement à leurs engagemens et au but du mariage.

L'engagement où la femme entre de vivre toujours avec son mari, est la raison de la maxime commune, que chacun passe pour fils du mari de sa mère, à moins qu'il n'y ait de fortes preuves qui détruisent cette présomption. *Ille pater est, quem justæ nuptiæ demonstrant* (3).

C'est de là aussi que l'on tire ordinairement les fondemens de l'autorité du mari sur sa femme. D'autres cependant l'attribuent à la supériorité des forces, du jugement, etc. de l'homme sur la femme, comme si on ne pouvait pas avoir une famille, sans un souverain ; ou que la force, la majesté, le courage et la raison, avantages qu'on attribue ordinairement à l'homme, lui accordaient le droit de commander. Je trouve que les

(1) Catullus *de Coma Beren.*, vers. 79.
(2) Liv. III, chap. V.
(3) Digest., *de Jus voc.*, leg. V.

avantages des femmes, savoir, les graces, la beauté, la finesse et le sentiment, valent bien les avantages des hommes, qui d'ailleurs n'ont pas toujours plus de raison ou de lumières que les femmes. Distinguons donc l'état de nature d'avec celui de la société civile.

Si nous considérons le mariage dans l'état de nature, le mari avait sur sa femme le droit de vie et de mort : ce qui était juste dans l'origine. Lorsqu'on ne connaissait encore que la loi naturelle, le chef de la famille était souverain chez lui ; il était le seul juge dans sa maison, il avait par conséquent le droit de condamner à la mort ceux qui l'avaient méritée. Lors donc qu'une femme, par le contrat du mariage, entrait de son gré dans cette famille, elle était censée se soumettre à cette loi, tout comme un étranger qui se détermine à se fixer dans un pays, est censé se soumettre aux lois. Mais il faut remarquer que ce n'est pas le mariage qui donne ce pouvoir au mari, ni qui assujettit la femme à un pouvoir nouveau ; car comme une famille ne peut pas subsister sans un souverain, la femme, abandonnant la maison de son père, pour entrer dans celle de son mari, ne fait que changer de famille et par conséquent de souverain, tout comme un étranger ne s'impose pas un nouveau joug ; mais en quittant son ancien souverain, il s'assujettit à un autre qu'il trouve établi dans le nouveau pays qu'il choisit pour sa demeure.

Mais après que les sociétés civiles se furent établies, lorsque les hommes se furent soumis à

une autorité fixe et réglée, cet empire du chef de famille aurait dû cesser, et ce fut par abus qu'il conserva en qualité de mari un droit qu'il n'avait plus dès qu'il avait lui-même un juge souverain : cependant nous en trouvons presque partout les vestiges, si l'on en excepte les Egyptiens, qui, dans leurs contrats de mariage, donnaient autrefois à la femme l'autorité sur son mari ; et les Juifs, qui, conformément à la loi de Moïse, donnaient à la femme un pouvoir égal à celui de son mari. Les autres peuples avaient de tout autres principes. Par la loi de Romulus, le mari avait sur sa femme un pouvoir, à peu de choses près, sans limites : il pouvait la faire mourir sans forme judiciaire, dans quatre cas : pour adultère, pour supposition d'enfant, pour avoir de fausses clés, et pour avoir bu du vin. Et cette puissance a été commune à la plus grande partie des peuples connus. Les Gaulois, au rapport de César, avaient le pouvoir de vie et de mort sur leurs femmes. Les Lombards suivaient les mêmes lois. Ce droit était en usage par toute la Grèce, dans le cas d'adultère.

Il semble que les hommes, par cette affectation de grandeur, d'autorité, et de supériorité, aient voulu contrebalancer cet ascendant des femmes dont ils sentaient toute la force ; ils se flattaient de se déguiser à eux-mêmes leurs maîtres, en faisant servir la législation dont ils étaient les dépositaires, à donner aux femmes les dehors d'une dépendance servile. Faibles efforts contre un

sexe auquel il est donné de régner jusques dans les lieux où il paraît le plus esclave !

L'usage modéra, peu-à-peu, la rigueur de la loi : la peine d'adultère fut remise à la discrétion des parents de la femme ; la répudiation contenta les esprits plus doux. Cependant les lois continuaient à retenir les femmes sous une tutelle éternelle ; elles passaient de celle du père, dans celle du mari : si elles sortaient de celle-ci, c'était pour rentrer sous celle d'un frère ou de quelque autre parent. Nous voyons les mêmes lois chez les anciens Germains, avant qu'ils eussent été connus des Romains. La loi *Julia*, donnée par Auguste, ôta aux maris cette autorité sans bornes, que l'usage avait déjà modérée ; il ne laissa le droit de mort qu'au père de la femme, et dans le cas du flagrant délit. Mais dans la suite, l'impératrice Théodore, maîtresse absolue de l'esprit de Justinien, nourrie dans des sentimens conformes à la bassesse de sa naissance, et respirant l'opprobre dans lequel elle ne cessa de croupir, fit faire des lois à l'avantage des femmes, aussi favorables qu'un empereur pouvait les donner sans en rougir. Elle changea la peine de mort encourue par l'adultère, en une note d'infamie. Mais était-ce une peine d'ôter l'honneur à qui l'avait déjà perdu ?

Suivant l'équité naturelle, le mari n'a aucun pouvoir sur sa femme dans la société civile. Car, comme nous avons vu, le pouvoir du mari sur sa femme dans l'état naturel, lui convenait en qualité de souverain de sa famille.

Mais dans l'état civil, tout chef de famille s'est dépouillé de cette qualité en faveur du légitime souverain, à qui appartient le droit de punir les crimes. De plus, la supériorité du mari sur la femme est contraire à l'égalité naturelle, que ni la force, ni la majesté, ni le courage, ne peuvent détruire; outre qu'il n'est pas toujours vrai que tous les hommes possèdent ces qualités exclusivement aux femmes. Quant à la raison, je crois bien difficile de prouver que la nature en ait mieux partagé les hommes que les femmes. Or, si de cela seul qu'on est propre à commander, s'ensuivait qu'on en ait actuellement le droit, et que le droit de commander est fondé sur les avantages qu'on attribue aux hommes, il faudrait reconnaître ce droit chez les femmes, qui possèdent ces mêmes avantages préférablement à leurs maris; elles ne sont pas sûrement rares: ce qui n'arriverait jamais si ce prétendu droit du mari sur la femme venait de la nature.

Le contrat de mariage, que quelques-uns font valoir pour établir le pouvoir marital, n'a pas lieu dans les mariages réguliers, à moins que, par une loi particulière, une nation ne l'exige, comme les anciens Gaulois, les Morotocos, peuple du Paraguay; ou que les circonstances particulières des contractants ne demandent nécessairement cette condition. Dans tout autre cas, le contrat de mariage laisse dans une parfaite égalité le mari et la femme, et tels qu'ils étaient avant que de se marier; leur engagement consiste à s'aimer, à se secourir, à s'accorder l'usage de leurs corps, dans

la vue d'avoir des enfants et de les élever d'une manière convenable à la nature de l'homme, à l'avantage de la famille, et au bien de la société. Le but même de ce contrat exclut tout droit de l'un sur l'autre.

Pour ce qui regarde les fautes domestiques, où le public est moins intéressé, le mari peut, à la vérité, corriger sa femme avec modération; tout comme la femme peut corriger à son tour son mari. La femme a même toujours eu action contre le mari, lorsque le traitement qu'elle essuyait, était trop rude, trop fréquent, et sans cause; ce qui souvent peut donner lieu à la séparation et au divorce.]

§. XXIII. 4°. Mais que doit-on penser de la polygamie proprement ainsi nommée, et qui consiste à avoir plusieurs femmes en même temps; est-elle absolument contraire au Droit naturel? Je réponds que cette espèce de polygamie n'a pas tous les inconvédiens de la première, et que même il ne paraît pas à la rigueur que ce soit une chose absolument mauvaise de sa nature, ou que l'on puisse prouver qu'elle soit directement contraire au Droit naturel.

[242. En effet, le but du mariage est d'avoir des enfants, dont on soit assuré d'être le père, et une compagne en qui l'on trouve un secours mutuel; or, tout cela peut aussi bien avoir lieu quand on a plusieurs femmes, que lorsqu'on n'en a qu'une. En vain, objecte-t-on, que de cette manière les personnes mariées ne se gardent pas mutuellement la foi qu'elles se sont donnée. Ce

n'est là qu'une vaine déclamation : car la fidélité réciproque ne consiste pas à s'acquitter d'un engagement qui soit précisément égal de part et d'autre. Et le but du mariage régulier ne demande pas nécessairement, que comme la femme ne doit pas accorder ses faveurs à d'autre homme qu'à son mari, le mari ne puisse pas non plus avoir commerce avec une autre femme ; puisque la raison qui défend aux femmes d'avoir plus d'un mari à la fois, je veux dire, la difficulté de savoir qui serait le père des enfants qu'elle mettrait au monde, n'a point lieu, quand un homme prend plusieurs femmes. Il suffit que le mari entre dans l'engagement de secourir sa femme et de lui rendre le devoir conjugal. Or, plusieurs hommes sont bien capables de le rendre à plusieurs femmes ; et en cas contraire, ils doivent se contenter d'une ; car la polygamie n'est pas une obligation, mais un droit auquel on pourrait renoncer lorsqu'il deviendrait à charge. Les femmes d'ailleurs, auraient tort de se plaindre, car où la polygamie est établie, les maris ne leur font aucun tort, en partageant le devoir conjugal avec les autres femmes ; puisque, par le contrat de mariage, elles n'y ont droit que pour leur quote-part. Aucune d'entre elles donc n'aurait droit de se plaindre que dans le cas où le mari, *laissant ses propres terres en friche, va labourer et semer dans le champ d'autrui*(1).

---

(1) Plaut. *Asin.*, act. V, scen. II, vers. 24.

Il faut bien se garder de confondre l'adultère avec la polygamie ; car l'adultère consiste *à coucher ou avec la femme* de son prochain, suivant l'Écriture (1) ; ou avec des femmes libres, lorsqu'on en a en propre. En effet, la polygamie était en usage dans le Vieux-Testament, et l'adultère y était puni de mort.

Puis donc que la polygamie ne fait point de tort au but du mariage qui est d'avoir des enfants qui puissent connaître leur père ; ni aux femmes, avec qui on stipule seulement une partie des devoirs que le mari peut rendre, et les conditions du contrat en fixent la nature ; il s'ensuit qu'elle n'est nullement défendue par le Droit naturel. Ce que l'on dit de la jalousie des femmes, des dissentions domestiques, de la haine de marâtre que chaque femme conçoit pour les enfants des autres femmes de son mari, des animosités qui se perpétuent entre les enfants eux-mêmes ; tout cela ne prouve rien contre le silence du Droit naturel ; ces raisons montrent seulement que la polygamie est sujette à quelques inconvéniens domestiques : et n'y en a-t-il pas dans les secondes noces, et dans tout mariage, quel qu'il soit ? D'ailleurs, on ne prend pas garde que ces inconvéniens ne sauraient avoir lieu que dans les pays où l'usage n'en est pas établi, et dans ceux où les femmes sont hautaines et les maris esclaves : mais la polygamie une fois établie ;

(2) Levit. XVIII, 20.

changerait l'économie domestique. Et après tout, il n'est pas difficile à un homme prudent et sage, d'entretenir la paix dans sa famille, même parmi plusieurs femmes.]

§. XXIV. Cependant, tout bien considéré, la monogamie est sans contredit l'espèce de mariage la meilleure et la plus parfaite; celle qui convient la mieux au mari, à la femme et aux enfants, au bien des familles, et à celui de la société. En effet, la polygamie, entraîne après elle plusieurs inconvénients. Elle réduit les femmes à une condition beaucoup moins avantageuse et presque servile; elle donne lieu à des dissentions domestiques, à des jalousies, et à des haînes qui se perpétuent souvent entre les enfants eux-mêmes; elle produit des préférences toujours dangereuses; l'éducation des enfants ne peut pas s'exécuter d'une manière aussi convenable, etc. Tout cela est plus que suffisant, pour justifier que le mariage d'un seul homme avec une seule femme mérite d'avoir la préférence.

[243. Euripide fait ainsi parler le chœur, dans son *Andromaque*. « Je n'approuverai jamais » qu'un homme ait deux lits, et que l'on voie » chez lui des enfants de deux mères vivantes; » c'est un sujet de divisions et de grands chagrins » dans une famille. Qu'un mari se contente » d'avoir une femme chaste et vertueuse(1). Une » honnête femme, dit une actrice du *Marchand*

(1) Vers. 464 et suiv.

» *de Plaute,* se contente d'un mari : pourquoi » est-ce qu'un mari ne se contenterait pas d'une » femme (1) ? » Grotius dit que les raisons pourquoi les chrétiens ne peuvent avoir qu'une femme, sont 1°., afin qu'un mari donne son cœur tout entier à sa femme, comme elle lui a donné le sien. 2°. Parce que le ménage va mieux, lorsqu'il est conduit par un seul homme. 3°. Enfin, pour prévenir les discordes et les divisions que plusieurs femmes semeraient entre leurs enfants (2). Mais outre que je ne vois pas pourquoi ces raisons devraient éloigner de la polygamie les Chrétiens plutôt que les Payens, ces raisons ne sont pas capables d'empêcher la polygamie. Car, quant à la première, une femme peut très bien donner tout son cœur à son mari, sans que celui-ci s'engage à lui accorder tout le sien, parce que l'égalité naturelle des hommes ne demande même pas que les engagemens réciproques soient égaux de part et d'autre. On pourrait prévenir le second inconvénient, en écartant du soin du ménage également toutes les femmes et en le confiant à une gouvernante. Et un mari prudent et sage remédierait au troisième.

Mais examinons la polygamie du côté de son utilité ou de ses désavantages politiques. En ce sens, plusieurs écrivains l'ont rejetée comme une condescendance superflue, ou même dangereuse pour les passions. L'auteur de l'*Esprit des Lois*,

(1) *Mercator.*, act. IV, scen. VI, vers. 8.
(2) De la vérité de la Religion Chrétienne, liv. II, §. 13.

dit « qu'elle n'est point utile au genre humain, » ni à aucun des sexes, soit à celui qui abuse, » soit à celui dont on abuse ». (Liv. XVI, chap. VI). D'autres ont été plus loin. Ils ont prétendu que la défense de multiplier les femmes pour le service d'un seul homme, était plus favorable à la population, que la liberté contraire. Ils n'ont pas craint de soutenir qu'en sanctifiant l'union conjugale, elle la rendait plus avantageuse à la société, et que la manière la plus sûre d'engager un homme à se donner un grand nombre de successeurs, c'était de le fixer jusqu'à la mort auprès d'une seule femme.

Pour le prouver, ils ont jeté les yeux sur l'Asie. Ils ont effrayé l'imagination par le spectacle des sérails, des eunuques qui couvrent et défigurent cette partie du monde. Ils ont parlé de ces lieux où la nature esclave ou mutilée ne subsiste dans un seul objet, que pour le malheur de tous ceux qui l'entourent, où la mort règne avec empire sur des charmes faits pour donner la vie, où la privation est un sujet de désespoir, et la jouissance un acte de despotisme ou de servitude.

En cela, ils ont raison. La polygamie ainsi dégradée, devient réellement destructive ; mais ce n'est point par elle-même qu'elle produit cet effet funeste ; c'est par les accessoires odieux qu'y ajoute le rafinement des passions. Ce n'est point parce qu'un Musulman a plusieurs femmes, que l'Asie se dépeuple ; c'est à cause du cortége qu'il croit devoir leur donner pour sa tranquil-

lité, pour mettre à couvert ce qu'il appelle son honneur, et qui n'est en effet que son impuissance. Voilà ce qui fait à la population un tort réel et irréparable. Envain le possesseur d'un sérail fait tous ses efforts pour se donner une postérité nombreuse. L'hommage impérieux qu'il y rend à la beauté, ne répare point les injustices qu'il y fait à la nature. Tant d'esclaves des deux sexes condamnés à une stérilité perpétuelle ; tant d'hommes réduits à n'être plus sur la terre que des ombres effrayantes : tant de filles consacrées à partager l'esclavage de leurs maîtresses, sans avoir jamais l'espérance d'en partager le faible prix : voilà le véritable écueil de la population en Asie ; voilà ce qui fait qu'elle trouve son tombeau dans ces harems voluptueux où le bonheur ne se montre jamais que sous l'air de la contrainte : où les plaisirs sont une dette pour celles qui les donnent, et souvent un embarras pour ceux qui les reçoivent.

Dans les premiers temps, au contraire, la polygamie n'était ni une occasion de gêne pour les unes, ni un fardeau accablant pour les autres. On ne connaissait pas encore ces précautions odieuses, qui font de la fidélité une vertu forcée, et qui, en imposant des devoirs pénibles, ne laissent pas même le mérite qu'il y aurait à les remplir. Les femmes devenaient pour un mari des compagnes aussi chastes que soumises. Elles partageaient avec lui les travaux domestiques et l'éducation de la famille. Toute leur ambition se bornait à la gouverner et à l'augmenter. Elles

n'avaient pas besoin pour cela de recourir à des secours étrangers. D'un côté, quoiqu'elles fussent plusieurs, leur nombre n'était jamais excessif. De l'autre, une vie frugale, laborieuse, prolongeait presque jusqu'à la décrépitude la jeunesse des hommes : ils conservaient par conséquent toujours dans l'esprit de leurs femmes la puissance et l'autorité qui leur étaient dues. Ils n'étaient jamais tentés d'employer des moyens violents pour s'en faire respecter.

L'auteur de l'*Esprit des lois*, pense que dans les pays où règne la polygamie, « au lieu de pré» ceptes il faut des verroux...... L'ordre domes» tique le demande ainsi. Un débiteur insolva» ble cherche à se mettre à couvert des poursuites » de ses créanciers (1). » La plaisanterie sans doute est excellente ; mais est-elle fondée ? N'est-elle pas démentie par la nature et l'expérience ? Les Histoires anciennes et modernes ne sont-elles pas remplies de créancières assez indulgentes, assez désintéressées, non-seulement pour accorder du temps à leur débiteur, mais pour faire même gratuitement le transport de la dette en d'autres mains ? On voit dans la Genèse que les femmes des Patriarches faisaient avec plaisir de leurs servantes leurs rivales. Celles-ci devenaient mères à la sollicitation de leurs propres maîtresses, qui les présentaient elles-mêmes à leurs maris. Les épouses stériles, et souvent celles

(1) Liv. XVI, chap. VIII.

qui ne l'étaient pas, se réjouissaient de la fécondité de leurs esclaves; elles s'empressaient d'en profiter; elles s'en appropriaient les fruits. Regardant le consentement qu'elles donnaient à leur naissance, comme une image très-ressemblante de la tendresse maternelle, elles ne mettaient aucune différence entre eux et ceux qui avaient été conçus dans leur propre sein. Elles se croyaient dédommagées par les caresses innocentes de ces enfants, de celles dont elles avaient fait le sacrifice pour leur procurer la vie.

Ce ne sont pas seulement les femmes des patriarches qui ont été capables de cette force d'esprit. Au rapport de nos voyageurs, l'exemple s'en renouvelle encore tous les jours dans un grand empire. Les Chinoises ne sont pas moins maîtresses d'elles-mêmes, et de leurs sentimens dans un cas pareil. On peut dire même qu'il y a de leur part plus de courage, plus de grandeur d'ame à adopter ainsi les enfants de leurs servantes, à souffrir qu'on leur épargne les préliminaires de la maternité, dont on ne leur laisse que les honneurs. Les rivales subalternes qu'on admet à les substituer dans des fonctions si intéressantes, ne sont pas de leurs choix. Elles en seraient par conséquent plus autorisées à se plaindre de cette infidélité de leurs maris; elles en auraient plus de droit de regarder leur inconstance comme un libertinage odieux; c'est cependant ce qu'elles ne font pas. Elles reçoivent sans répugnance des mains de la loi les enfants que la nature ne leur a point donnés. Elles chérissent en

eux le père, à qui elles sont liées par un serment solennel. Elles mettent leur orgueil et leur plaisir à se voir à la tête d'une nombreuse famille. Au lieu d'éclater avec amertume contre une usurpation qui choque leurs droits effectifs, elles se contentent de la punir en s'en réservant les fruits, comme ces propriétaires sages, qui laissent paisiblement un étranger bâtir sur leurs fonds, sachant bien que l'édifice quand il sera fini, ne peut manquer de leur être adjugé.

Cette façon de penser et d'agir, si contraire au langage ordinaire des passions, est plus facile à introduire qu'on ne le croit. Si la coutume a pu amener les femmes à se brûler volontairement sur le cadavre d'un mari mort, serait-il donc impossible de les engager à tolérer sans aigreur le partage d'un mari vivant? Elles sont en général plus susceptible que les hommes des impressions qu'on veut leur donner. Elles sont plus attachées à leurs devoirs, même à ceux que l'opinion leur a faits. Que l'opinion donc leur persuade qu'elles ne sont pas destinées à jouir seules des caresses d'un époux, et on les verra souffrir en paix la concurrence de plusieurs rivales. C'est aux mœurs, il est vrai, à opérer ce prodige. Il ne peut avoir lieu que dans une nation généralement vertueuse. Il n'est possible que chez un peuple laborieux, occupé, où l'oisiveté soit proscrite pour les deux sexes; où la molesse ne soit pas un titre de distinction; où l'on ne voie point la jeunesse la plus qualifiée, ne se livrer qu'à des amusemens frivoles, ou à une activité coupable,

se faire un jeu de séduire la vertu, et une gloire de corrompre l'innocence ; où la première leçon qu'on donne aux femmes, soit, non de chercher les plaisirs bruyants et publics qui ne les honorent pas, et nécessitent bientôt de plus secrets qui les deshonorent ; mais de se plaire dans la retraite, d'y cacher sans regret des charmes faits pour l'embellir, et qui ne peuvent être loués innocemment que par un mari ; d'y faire consister leur bonheur à bien régler l'intérieur de la famille, à recevoir les marques de l'amour du père, et du tendre respect des enfants, à entretenir la paix dans cette petite monarchie, à être perpétuellement les médiatrices entre le maître et les sujets ; enfin, à y jouir sans remords de l'empire le plus étendu que puisse donner la beauté et la reconnaissance.

Chez un peuple ainsi constitué, qu'on ne craigne pas que la polygamie puisse devenir dangereuse. Malgré le physique du climat, sans grille ni verroux, on y verrait l'union subsister dans les ménages les plus considérables. On y verrait des créancières assez généreuses, sinon pour renoncer entièrement à leur titre primitif, au moins pour en voir sans peine réduire les intérêts. Le débiteur toujours maître de fixer le terme des paiemens, ne craindrait jamais de se voir réduit à l'insolvabilité ; d'une part, il consulterait ses fonds avant que de contracter de nouveaux engagemens ; de l'autre, trouvant toujours des créancières de facile composition, il n'aurait pas

besoin de prendre des précautions pour se garantir de leurs poursuites.

Concluons donc, avec St.-Augustin, que « si » la polygamie est aujourd'hui criminelle, c'est » que l'usage en est aboli. Il y a différentes sortes » de péchés, continue-t-il ; il y en a contre la » nature, il y en a contre les usages et coutumes, » et il y en a contre les lois. Cela posé, quel crime » peut-on donc faire au saint homme Jacob, » d'avoir plusieurs femmes? Si vous consultez la » nature, il s'est servi de ces femmes pour avoir » des enfants, et non pour contenter sa passion. » Si vous avez égard à la coutume, la coutume » autorisait la polygamie. Si vous écoutez la loi, » nulle loi ne lui défendait la pluralité des fem- » mes. Pourquoi donc la polygamie est-elle au- » jourd'hui un péché ? c'est qu'elle est contraire » à la loi et à la coutume (1) ».

Mais en quoi consiste l'essence du mariage ? Est-ce dans le simple contrat ; ou dans la consommation du mariage ; ou, enfin, dans tous les deux ? Je réponds que suivant la simplicité du Droit naturel, le consentement des deux parties, accompagné dans les sociétés civiles, des conditions que les lois civiles demandent, fait l'essence du mariage. Car le mariage étant un contrat consistant dans le consentement des parties qui contractent, je ne vois pourquoi le consentement d'un homme et d'une femme de vivre

(1) Lib. II, *contr. Faust.*, cap. XLVII.

ensemble, de s'accorder réciproquement la jouissance de leurs corps, pour avoir des enfants, n'acheverait pas le contrat, et par conséquent la nature du mariage. En vain objecte-t-on avec Puffendorf, que pour acquérir la pleine et entière propriété d'une chose, il faut que cette chose soit en notre pouvoir, en sorte que l'on puisse en disposer actuellement comme on veut; cela est contre la pratique ordinaire des contrats qui nous procurent la propriété. Combien de contrats ne fait-on pas par lettres, sur-tout de vente, où dès que les parties sont convenues, l'argent déboursé passe en propriété au vendeur, et la marchandise est censée appartenir en propre à l'acheteur, quand même celui-ci ne l'aurait pas encore vue? La disposition que nous faisons des biens qui nous appartiennent, est un droit qui est l'effet du contrat et non pas le contrat lui-même. Voici, à mon avis, l'ordre qu'il faut y mettre; le consentement des parties contractantes produit la propriété réciproque de ce qui entre dans le contrat; et la propriété nous donne le droit d'en user. Ainsi, la consommation du mariage étant l'usage de la propriété, le mari et la femme sont véritablement propriétaires de la jouissance de leurs corps par leur contrat, quand même cette jouissance ne s'en soit pas encore suivie; ainsi, c'est un véritable adultère celui d'une fille qui, ayant été fiancée à un homme absent, et épousée par procureur, accorderait ses faveurs à un autre; contre la décision de Puffendorf qui ne la taxe pas

d'adultère, parce qu'elle n'est pas encore dans la maison de son époux (1).]

§. XXV. 5°. Une autre question, c'est si par le Droit naturel tout seul, le mariage est une société indissoluble, et qui doive durer autant que la vie ; ou bien si le divorce est permis ?

En suivant les principes que nous avons posés ci-dessus, je dis, que la nature et la fin du mariage font voir que cette société doit être de quelque durée. Car puisque le mariage a pour but, non-seulement de mettre au monde des enfants, mais aussi leur éducation, et que la loi naturelle impose au père et à la mère, l'obligation d'y travailler de concert et avec soin, la raison veut que le mari et la femme demeurent unis, du moins aussi long-temps qu'il est nécessaire pour qu'ils puissent élever leurs enfants, et jusqu'à ce qu'étant parvenus à un âge de maturité, ils soient en état de se conduire par eux-mêmes, et de s'acquitter de leurs devoirs.

[244. On voit que par un effet admirable de la sagesse du Créateur, cette règle est constamment observée par tous les animaux. Parmi les bêtes qui se nourrissent d'herbe, la société entre le mâle et la femelle, ne dure pas plus long-temps que l'accouplement, parce que le lait de la mère suffit pour nourrir les petits, jusqu'à ce qu'ils puissent brouter eux-mêmes l'herbe. Mais

(1) Liv. VI, chap. I, §. XIV.

à l'égard des animaux carnaciers, comme la mère ne saurait de sa proie seule fournir à sa subsistance et à celle de ses petits, le mâle a soin d'aller aussi à la chasse pour eux. On remarque la même chose dans tous les oiseaux, là a réserve de quelques oiseaux domestiques, qui se trouvent dans des lieux, où il y a continuellement une grande abondance de pâture. Mais quoique les besoins des enfants demandent que l'union conjugale du mari et de la femme dure plus long-temps, que celle de tous les autres animaux; il n'y a rien dans la nature et dans le but de cette union, qui oblige le mari et la femme de demeurer ensemble, après avoir élevé leurs enfants; à moins que l'on ne vive dans un Etat, où les lois positives ordonnent que le contrat soit à vie. Car on ne voit rien ici, outre ce que demande nécessairement l'éducation des enfants, qui empêche qu'on n'ait à l'égard du mariage, la même liberté qu'on a en matière de toute autre sorte de société et de convention. De sorte que moyennant qu'on pourvoie d'une manière ou d'autre à cette éducation, on peut régler d'un commun accord, comme on le juge à propos, la durée de l'union conjugale, soit dans l'indépendance de l'état de nature, ou lorsque les lois civiles, sous lesquelles on vit, n'ont rien déterminé là-dessus. Si de-là, il naît quelquefois des inconvéniens, on pourrait y en opposer d'autres peut-être aussi considérables, qui résultent de la trop longue durée, ou de la perpétuité de cette société. Et après tout, suppose

que les premiers fussent plus grands, cela prouverait seulement que la chose serait sujette à abus, comme la polygamie; et qu'ainsi, quoiqu'elle ne fût pas mauvaise absolument et de sa nature, on devrait s'y conduire avec précaution.]

Cependant il n'y a guère d'apparence qu'un homme et une femme qui auraient vécu ensemble jusqu'à ce que leurs enfants fussent élevés, voulussent se prévaloir de la liberté de se séparer, quand même on la leur accorderait.

[245. D'ailleurs les enfants qui ont fait le but du mariage, sont des gages qui serrent toujours plus l'union du mari et de la femme, et qui leur font perdre entièrement de vue l'envie de se séparer, à moins qu'il n'y en ait de très-fortes raisons.

Fœmina, cum senuit, retinet connubia partu,
Uxorisque decus Matris reverentia pensat (1).

§. XXVI. 6°. Mais supposé que le mariage soit par lui-même une société perpétuelle, il peut survenir des cas qui autorisent le divorce. Toutes les sociétés ont cela de commun qu'elles sont fondées sur certaines conditions essentielles, et que l'obligation de l'une des parties est relative à celles de l'autre; tellement que si l'une manque aux engagemens essentiels du contrat, l'autre se trouve en liberté. Ces maximes ont aussi leur application dans le mariage.

(1) Claud., lib. I, in Entrop., vers. 72, 73.



Et premièrement, puisque le but du mariage est non-seulement de vivre ensemble, mais encore d'avoir des enfants, il s'ensuit, que par le droit naturel, la désertion malicieuse du mari et de la femme, un refus opiniâtre du devoir conjugal, et l'impuissance, sont des causes légitimes de divorce.

[246. D'où il paraît que ce n'est pas en vertu d'une loi divine, purement positive, que l'adultère et la désertion malicieuse, rompent un mariage; mais parce que telle est la nature de toutes les conventions, que quand l'une des parties ne tient pas ses engagemens, l'autre est entièrement quitte des siens. Ainsi, en ces cas-là, un mari ou une femme, sont naturellement en pleine liberté de se remarier, si bon leur semble.

Quant à l'impuissance, il faut bien la distinguer de la stérilité ou de l'infécondité de l'homme; car celle-ci, qui ne suppose que le défaut de génération, peut dépendre de quelques vices cachés de la semence, et existe souvent sans impuissance. Un homme très-vigoureux, très-puissant, peut être inhabile à la génération, au lieu que celui qui est impuissant, n'étant point propre au coït, à l'acte vénérien, est toujours stérile.

Les causes d'impuissance sont naturelles ou momentanées; il n'y a que les causes d'impuissance perpétuelles qui soient une cause légitime de divorce. On distingue aussi l'impuissance absolue d'avec celle qui est simplement respective. La première, quand elle est perpétuelle,

et qu'elle a précédé, elle le dissout et empêche de contracter un autre mariage. Au lieu que l'impuissance respective, c'est-à-dire, qui n'a lieu qu'à l'égard de deux personnes entre elles, n'empêche pas ces personnes, ou celle qui n'a point de vice d'impuissance, de contracter mariage ailleurs. Au reste, si on a égard au but principal du mariage, la stérilité doit être une cause de divorce aussi bien que l'impuissance; car ces deux défauts sont également contraires à la génération. Par un passage de Philon, on peut conclure que la stérilité était une des causes du divorce chez les Juifs. Il fait regarder comme des impies, et il compare aux pourceaux et aux boucs, ceux qui épousent une femme qu'ils savent être stérile, pour n'avoir point eu d'enfants d'un autre mari; et à l'égard de ceux, qui après s'être mariés avec une fille, de la fécondité de laquelle ils ne pouvaient être assurés, la trouvent ensuite stérile, il leur pardonne de ne pas la répudier, en considération de l'amitié qu'ils ont conçue pour elle par un long commerce (1). Anaxandride, Roi de Lacédémone, ayant une femme stérile, qu'il aimait beaucoup, ne put se résoudre à la répudier, quelques instances que fissent là-dessus les Ephores, qui ne voulaient pas que sa race s'éteignît. Mais il prit ensuite un autre parti qu'on lui proposa; ce fut d'épouser une seconde femme dont il pût avoir des enfants (2). Le premier

(1) De specialibus legibus.
(2) Herodot., lib. V, cap. XXXIX, XLIX.

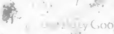
qui, chez le Romains, usa de la liberté du divorce, *Spurius Carvilius*, l'an de Rome 523, le fit aussi, parce que sa femme était stérile (1).

§ XXVII. Après cela, comme nous avons vu ci-dessus, §. XXI, que c'est une chose essentielle au mariage, que la femme promette une entière fidélité à son mari; il suit de-là que l'adultère est encore une légitime cause de divorce.

Dans le mariage, la femme s'engage à se soumettre à la direction de son mari pour les affaires de la famille; et à le soulager autant qu'elle le peut par tous les soins dont elle est capable, et par la douceur de son commerce. Le mari, de son côté, lui promet de l'aimer, de la protéger, de la bien traiter, etc. Par conséquent, à prendre la chose à la rigueur du Droit naturel, une violation énorme de ces engagemens, produite par une manière d'agir insupportable, ou par une incompatibilité d'humeurs désespérée, et que rien ne peut corriger, serait encore un sujet suffisant de divorce.

[247. On peut démontrer cette vérité très-importante pour la tranquillité des familles par les raisons suivantes : 1°. Un père peut bien chasser de chez lui un fils rébelle; et ne serait-il pas permis à un mari, qui n'est pas uni, du moins naturellement, avec son épouse, d'une

(1) Aul. Gell., lib. IV, cap. III. Val. Maxim., lib. II, cap. I, §. 4, etc. On peut consulter là-dessus la savante Dissertation de M. Boehmer, *de jure Principis Evangelici circa divortia*, cap. III, §. 27.



manière aussi étroite, qu'un père l'est avec son fils, de chasser une femme, lorsqu'elle est d'une humeur insupportable et incorrigible, et qu'elle se montre ainsi un membre rébelle de la famille? Faut-il donc qu'il soit condamné à souffrir ce tourment continuel?

2°. Si un mari, au contraire, maltraite sa femme sans sujet, s'il ne lui fournit pas ce que l'on doit à une épouse, et s'il agit avec elle en ennemi plutôt qu'en époux; n'est-il pas juste qu'elle ait la liberté de se délivrer de cet esclavage par un divorce? Car, dans ces deux cas, comment osera-t-on se flatter d'obtenir le but du mariage? Qui est le mari qui voudra rendre le devoir conjugal à une femme qu'il déteste, ou la femme qui voudra accorder ses faveurs à un homme qu'elle a en horreur? Comment peut-on concevoir l'action la plus amicale et la plus tendre de l'humanité, exercée entre deux personnes qui se regardent, ou toutes les deux, ou l'une des deux au moins, comme de mortels ennemis? Il faut avouer que si les liens du mariage devaient subsister même à ce prix, le mariage, c'est-à-dire, l'établissement humain le plus agréable, le plus doux, serait le fardeau le plus insupportable de l'humanité, car dans les cas que nous supposons il révolterait la nature.

On sent par-là toute l'absurdité de l'expédient de quelques jurisconsultes, qui voudraient qu'on continuât la propagation de l'espèce, essentielle à cet engagement, sans que le mari et la femme vécussent ensemble. Je crois plutôt que pour

l'honneur de la propagation de l'espèce humaine, on pourrait permettre au mari et à la femme de vivre ensemble, et leur défendre absolument le devoir conjugal, à moins qu'on n'envisage la copulation d'un mari et d'une femme comme une opération tout-à-fait animale.

Ainsi une séparation de corps et de biens, sans que l'on puisse pourtant se remarier avec quelque autre, répugne au Droit naturel; à moins que cela ne se fasse que pour un temps, afin de châtier celui des mariés qui s'est rendu insupportable, et pour voir s'il n'y aurait pas moyen de le faire revenir à lui-même. En effet, il est absurde de dire que le lien du mariage subsiste, et que cependant on ne peut ni on ne doit remplir aucun des engagemens qui sont une suite du contrat sur lequel il est fondé. Et quand même on accorderait, que celui des mariés, qui a donné lieu d'en venir à cette extrémité, est justement puni par-là; en vertu de quoi l'innocent souffre-t-il pour le coupable, et est-il condamné pour le reste de ses jours à un célibat qui lui est peut-être fort dur, ou même insupportable? A cet égard la condition de l'un et de l'autre des mariés doit être naturellement égale. Plutarque trouve fort dure, et avec raison, une loi de Romulus, par laquelle ce Roi « défendait » aux femmes de quitter leurs maris, et per- » mettait aux maris de renvoyer leurs femmes, » quand elles auraient empoisonné leurs enfants, » qu'on leur aurait trouvé de fausses clés, ou

» qu'elles auraient commis adultère » (1). Mais parmi les Athéniens, il y avait une loi de Solon, qui accordait aussi aux femmes la liberté de quitter leurs maris.

5°. L'incompatibilité d'humeurs, les traitemens rudes, et une opiniâtreté incorrigible, qui privent du principal bien du mariage, c'est-à-dire du plaisir et du secours qu'on a lieu d'espérer d'une femme, sont des sujets de divorce beaucoup plus considérables qu'un défaut naturel, qu'une maladie, que quelque chose de dégoûtant dans le corps; et cependant le divorce était permis aux Juifs pour toutes ces raisons. D'ailleurs il n'y a point de société, dans laquelle on soit obligé de demeurer, contre le but de la société même, ou contre l'intention et l'espérance de tous les membres en général, ou de chacun en particulier. Or Dieu, en établissant le mariage, a eu dessein de donner à l'homme une aide, et à la femme un ami, un soutien, et non pas un bourreau domestique; une compagnie réciproque, non-seulement pour la propagation de l'espèce, mais encore pour l'éducation des enfants; et afin qu'ils se prêtassent réciproquement les secours dont ils auraient eu besoin dans tout le commerce de la vie. Et la charité et l'humanité ne permettent jamais de condamner un homme ou une femme à être malheureux toute leur vie, sans qu'ils l'aient mérité par aucun

(1) Dans la vie de Romulus.

crime ; et il n'y a point d'apparence que Dieu, qui, dans toutes ses autres lois, s'accommode avec tant de bonté à la faiblesse humaine, ait voulu ôter aux mariés, par une loi positive si dure et si rigoureuse, le remède naturel à leur malheur, et au plus grand des malheurs ; car la pensée de la durée en aigrit le tourment ; il déchire, il est toujours présent, et ne doit pas finir. L'esprit humain peut bien supporter une douleur dont il envisage le terme, au lieu que l'idée d'un long avenir l'irrite : elle bannit l'espérance, seule capable de soutenir et de consoler celui qui est dans la souffrance.

4°. Le mariage est une société d'animaux raisonnables, dont l'union formée par quelque lien moral, consiste plus dans leur bonne intelligence que dans la conjonction de leurs corps : autrement le mariage se réduirait à un simple commerce charnel, plus brut que celui des bêtes, dont plusieurs même font voir une espece d'amitié pour celles avec qui elles s'accouplent. Lors donc que l'union des cœurs n'accompagne point celle des corps, un couple si mal assorti vit dans un esclavage perpétuel, plutôt que dans une société digne de l'homme. On est dispensé de tenir des vœux, faits même avec serment, lorsqu'ils sont impertinents ou qu'ils tournent au préjudice d'un tiers ; pourquoi ne pourrait-on pas être dégagé du mariage, pour des raisons aussi fortes que celles dont il s'agit ? En vain réplique-t-on que les mariages malheureux sont des fléaux que Dieu envoie, pour exercer la pa-

tience du mari ou de la femme; je demanderai à ceux qui aiment à tenir ce langage, pourquoi donc ils appellent le médecin dans les maladies du corps qui ne sont pas moins des fléaux de Dieu, pour exercer la patience des hommes, ou des avertissemens pour les faire rentrer dans le chemin de la vertu?

5°. La nature de tout contrat, demande que l'un et l'autre des contractants aient une égale connaissance de la chose même, au sujet de laquelle ils traitent, et de toutes ses qualités qui sont de quelque conséquence : que si l'un ou l'autre des contractants manque à ce devoir, le contrat est nul *ipso facto*, suivant toutes les lois. Or, si le mari ou la femme, loin de faire connaître l'un à l'autre leurs mauvaises qualités, leurs défauts bien plus essentiels que ceux d'un cheval, d'un bœuf, ou d'une marchandise quelconque, se sont déguisés jusqu'à ce qu'ils se soient pris dans leurs filets, pourquoi ce contrat ne sera-t-il pas nul? Un mari brutal, une méchante femme ne produisent-ils pas dans un ménage un mal au moins aussi considérable que les défauts cachés d'une marchandise?

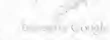
En voilà bien assez pour *démontrer* que le divorce est permis par les lois naturelles, et par les lois divines positives, lorsque l'un ou l'autre des mariés, se rend insupportable; mais comme la matière est des plus importantes au bonheur de l'humanité, examinons-la encore du côté du Droit civil.

La loi naturelle permet à l'homme de fuir le



malheur et de chercher à s'en délivrer ; or, les sociétés civiles se sont établies pour lui procurer plus de commodités et des jours tranquilles ; leur objet n'a jamais été de faire de la vie un supplice continuel ; d'où je conclus que la perpétuité du mariage est contraire au but des sociétés civiles. Il n'est donc pas surprenant que le divorce ait été de droit commun chez tous les peuples, sans exception. Outre la condition privée, on considérait l'Etat troublé dans les dissentions domestiques ; le mal serait moindre en effet, s'il se bornait aux personnes des époux ; mais les enfants prennent parti ; les querelles deviennent héréditaires dans les familles ; les successions s'y règlent par la passion, et ces réglements perpétuent les inimitiés. Le bon ou le mauvais gouvernement de chacune des familles, dont l'ensemble forme la société civile, influe plus qu'on ne pense sur le général : si plusieurs parties d'un tout sont viciées, la masse se corrompra facilement.

Les haînes malheureuses ne se terminent pas à de simples aigreurs ; il en résulte des crimes dont l'adultère est le moindre. On cherche à briser des liens dont la contrainte devient insupportable : les assassinats, le poison, sont les catastrophes de ces tragédies. Une Romaine, convaincue d'avoir empoisonné son mari, en accusa d'autres ; on en découvrit à la fois soixante et dix, également coupables. Le divorce, quoique non défendu, n'avait encore été d'aucun usage à Rome : le mariage y présentait l'idée de la perpétuité.



Le divorce est un moyen sûr d'animer la population. Outre l'obstacle que les haines y apportent, on compte un nombre considérable de femmes que l'âge ou la complexion rendent stériles ; elles sont attachées à des maris qui, si le divorce avait lieu, prendraient d'autres femmes, et donneraient des enfants à l'Etat ; combien encore de citoyens de l'un et l'autre sexe, se réduisent au célibat, par la seule crainte qu'inspire un mariage éternel ? on a même prétendu, que plus la religion d'un Etat porte vers la chasteté, plus le divorce y deviendrait avantageux. On a porté les regards sur les changemens qu'ont dû introduire tout d'un coup dans la population le vœu de chasteté, imposé aux ecclésiastiques Romains, le divorce interdit, et la virginité, érigée en vertu. Cette prétendue vertu n'en a été une que depuis les siècles barbares et de la superstition.

On a recours à la séparation de corps et de biens. Pauvre ressource ! car outre que ces séparations marquent assez clairement que la *dureté du cœur* aurait encore besoin de l'ancien remède; ces séparations d'intelligence, faites sans forme judiciaires, sont plus contraires à l'esprit de la religion et plus préjudiciables à l'Etat que le divorce. Que de scandales retranchés ! les personnes ainsi séparées, vivent peut-être de part et d'autre dans le désordre et la licence, et la racine de la population est coupée. Les ministres de l'Eglise représentent inutilement ; ils prêchent, ils blâment : qui doute qu'ils ne soient

fondés ? Mais, dit-on, la plupart d'eux ne connaissent par l'horreur d'être attaché à l'objet de son antipathie.

Quelques auteurs ont pensé que la facilité du divorce corrompait les mœurs. Ne serait-ce point les mœurs corrompues qui ont introduit l'abus dans le divorce ? On a écrit que les dames Romaines comptaient les années par leurs maris, plutôt que par les consuls ; on sent assez, que c'est l'expression de la satyre ; mais pour décider si l'abus venait de la dépravation des mœurs, ou de la facilité du divorce, il suffit d'examiner les temps, en les distinguant. Sous les règnes de Caligula, de Claude, de Néron, les excès furent à leur comble ; la République était, elle-même prostituée : c'est alors que le divorce devint journalier. Mais jetons les yeux sur les siècles de la vertu Romaine ; ce ne fut qu'environ cinq cents ans après la fondation de Rome que Spurius Carvilius usa de la liberté de répudier sa femme pour cause de stérélité. Lorsque les mœurs étaient corrompues, le divorce était très-commun, et dans le temps qu'elles étaient pures, le divorce était très-rare.

D'autres paraissent craindre que l'éducation des enfants ne souffre du divorce. Nous ne lisons point dans l'antiquité, que chez les Romains ni dans l'univers entier, on se soit plaint que le divorce ait préjudicié à l'éducation des enfants ; nous ne voyons point qu'elle soit en souffrance, plus qu'ailleurs, dans les pays où le divorce est aujourd'hui toléré : les faits détruisent cette ob-

jection. D'ailleurs, quels soins peuvent avoir deux mariés de leurs enfants, malheureux gages plutôt de la haine et de l'horreur réciproque que de l'amitié et de la tendresse conjugale ?

Mais on peut demander ici, si le divorce étant supposé permis, devrait être toléré sans que la loi déterminât le cas et les raisons qui autoriseraient à demander le divorce? D'un côté, il paraît extraordinaire qu'il fût permis de demander le divorce, sans articuler une bonne raison, et sur la pure fantaisie; mais de l'autre côté, dans quel détail faudrait-il entrer? Ira-t-on publier sa honte? Comment justifier ce qui se passe dans le secret, lorsque l'un des deux refuse à l'autre une faculté accordée à tous les deux? Paul Emile répudia sa femme, qu'il avouait être vertueuse, et qui l'avait rendu père d'une belle famille. Celui qui avait su vaincre la fameuse phalange Macédonienne, ne put dompter l'humeur hautaine d'une femme. Les parents scandalisés se plaignirent de Paul Emile: il leur montra son soulier, et leur dit: *Ce soulier vous paraît bien fait; il n'y a que moi qui sache où il me blesse.* Il semble qu'en autorisant le divorce sans qu'il fût nécessaire d'en alléguer la cause, on mettrait l'honneur des deux parties à couvert; chacune d'elles peut devenir une seconde fois utile à l'Etat par une seconde société; avantage qui souvent ne pourrait avoir lieu, si les raisons du divorce étaient divulguées de part et d'autres. Cependant je ne saurais me déterminer pour cette opinion; car outre que la liberté du divorce deviendrait

une vraie licence, pourquoi devrais-je me mettre en peine de sauver l'honneur à une personne qu'elle même a prostitué dans sa famille par ses qualités opposées au bonheur de la société conjugale? De plus, qui est-ce qui pourrait garantir l'un ou l'autre des mariés de la calomnie, au moins tacite; car le magistrat auquel on s'adresserait pour obtenir le divorce, sans en manifester les causes, en soupçonnerait au moins. Enfin, pourquoi une femme ne manifesterait-elle pas les brutalités de son mari, ou le mari les mauvaises qualités de sa femme, qui obligent l'un ou l'autre à demander le divorce? Voudrait-on, en cachant les défauts et les fautes du coupable, le remettre en état de tromper une autre personne pour la rendre aussi malheureuse que la première? Quel avantage en tirerait alors l'Etat? Y a-t-il apparence qu'il se conduira différemment avec cette dernière? Je crois donc qu'on devrait remettre la décision de la demande en divorce entièrement au magistrat, qui distinguerait les causes relatives du divorce d'avec les causes absolues, comme à l'égard de l'impuissance et souvent même de la stérilité; et qui peut-être devrait condamner à un célibat perpétuel un caractère absolument mauvais, en publiant sa honte, et en cachant au contraire soigneusement les mauvaises manières de la personne qui donne lieu aux plaintes et au divorce, lorsqu'il les trouvera relatives à quelques qualités physiques de l'autre; car alors il y a toute apparence que ce mariage

malheureux pourrait se résoudre en deux autres heureux et avantageux à l'Etat.]

§. XXVIII. 7°. Enfin l'on demande pourquoi les mariages entre ceux qui sont parents ou alliés à certain degré, sont regardés non-seulement comme deshonnêtes et illicites, mais encore comme entièrement nuls; et si cela est de Droit naturel, ou seulement de droit positif?

Je réponds, que, si l'on veut bien faire attention à ce que demande le bien des familles, l'avantage de la société, et les règles de l'honnêteté et de la modération, on trouvera que l'on ne manque pas de raisons pour faire voir que le Droit naturel défend ces sortes de mariages, du moins entre les pères et mères et leurs enfants, et entre les frères et sœurs. 1°. Car premièrement on ne saurait donner aucune bonne raison, pour autoriser ces mariages, et ils ne sont nullement nécessaires. 2°. Ils paraissent avoir en eux-mêmes quelque chose de contraire à l'honnêteté, soit parce que la familiarité, que produit naturellement le mariage entre deux époux, paraît tout-à-fait incompatible avec le respect que les enfants doivent à ceux de qui ils tiennent la naissance; soit principalement parce que si ces mariages étaient permis, la grande familiarité qui règne entre les enfants d'une même famille ouvrirait la porte à mille désordres; et que l'on verrait bientôt disparaître la pudeur et la modestie, qui servent, pour ainsi dire, de frein à la licence, et qui font la plus grande sûreté de la vertu. 3°. Enfin, il est sans contredit du bien l'Etat,

que les hommes prennent des femmes hors de leurs propres familles ; afin que, par des alliances dans les familles étrangères, les liaisons et les amitiés s'étendent antant qu'il est possible, et que plusieurs familles n'en formant pour ainsi dire qu'une, il y ait plus d'union entre les citoyens, et qu'ils soient plus disposés à se secourir les uns les autres.

[248. Mais entrons dans quelque détail. Quant aux mariages des pères avec leurs enfants, ils sont sûrement contraires au Droit naturel. D'abord il semble que le législateur ait voulu l'indiquer par ces paroles : *Tu ne découvriras point la nudité de ton père, ou de ta mère : c'est ta mère, tu ne découvriras point sa nudité* (1). D'ailleurs le mariage étant établi pour la multiplication du genre humain, il ne paraît pas convenable, que l'on se marie avec une personne à qui on a donné la naissance ou médiatement, ou immédiatement, et que le sang rentre, pour ainsi dire, dans la source d'où il vient. Enfin, il serait très-dangereux qu'un père ou une mère, ayant conçu de l'amour pour une fille ou un fils, n'abusassent de leur autorité pour satisfaire une passion criminelle, du vivant même de la femme ou du mari à qui l'enfant doit la naissance en partie. C'est tout ce que l'on peut dire pour prouver, que cette sorte d'inceste est contraire au Droit naturel, aussi bien qu'au droit civil (2).

(1) Levit. XVIII, vers. 7.
(2) Instit., lib. I, tit. X, §. I.

A l'égard des mariages entre frères et sœurs, on ne saurait soutenir qu'ils soient contraires au Droit naturel. Car il paraît par l'histoire de l'origine du genre humain, rapportée dans l'Ecriture sainte, que les enfants du premier homme et de la première femme ont dû nécessairement se marier les uns avec les autres. Or, quelle apparence que Dieu ait voulu réduire les hommes à la nécessité de violer une loi naturelle ? d'autant plus que rien ne l'obligeait à ne créer qu'un homme et une femme. On répond ordinairement, que Dieu a dispensé de la loi, dans les cas dont il s'agit. Mais on suppose gratuitement cette dispense ; et d'ailleurs, on raisonne sur ce principe très-faux et très-dangereux, que Dieu peut dispenser de ce qui est défendu par la loi naturelle. On ne peut admettre des dispenses en matières de choses contraires au Droit naturel, sans détruire l'essence de ce Droit, et sans faire injure à la sainteté, aussi bien qu'à la sagesse de Dieu. C'est sapper le fondement de toute moralité, et faire dépendre le juste et l'injuste d'une volonté entièrement arbitraire. Il y en a qui prétendent se tirer d'affaire par une distinction entre les règles du Droit naturel qui découlent de la sainteté de Dieu, et de ce qui n'en découle pas. Il y a sans doute des lois naturelles dont l'observation est plus importante, que celle des autres, et par conséquent dont la violation est plus criminelle. Mais cela n'empêche pas que par rapport à leur essence, elles ne découlent toutes de la sainteté de Dieu, et qu'ainsi elles ne soient

également immuables. La nature de l'homme, sur laquelle elles sont toutes fondées, demeurant toujours la même; Dieu ne saurait dispenser d'aucune, sans se contredire et se démentir.

Pour les autres degrés de parentés, il est encore plus difficile de donner aucune raison satisfaisante pour prouver que les mariages contractés entre parents à quelque degré, soient illicites par le Droit naturel.

Il faut enfin remarquer, que comme les lois civiles prescrivent aux autres contrats certaines formalités, dont le défaut les rend nuls devant les tribunaux civils, de même les mariages sont censés illégitimes, ou n'ont pas du moins certains effets civils, lorsqu'ils manquent des formalités requises par les lois de l'Etat; et quoique cela ne soit point fondé sur la loi naturelle, cependant comme elle ordonne que les membres d'un Etat se soumettent à ses lois, c'est en vain qu'on voudrait se prévaloir de ce que par le Droit naturel ces sortes de choses sont absolument indifférentes, lorsqu'on n'a pas le pouvoir de faire des lois ou de les casser.]

CHAPITRE XV.

De la Famille, du Pouvoir paternel, et des Devoirs réciproques des pères et des mères, de leurs enfants, des serviteurs, et des esclaves.

§. I. Du mariage sortent les enfants, qui,

avec leurs pères et mères, de qui ils tiennent la naissance, forment cette société que l'on appelle la famille. La loi naturelle ordonne aux parents de prendre soin de leurs enfants, de les nourrir, et de leur donner une éducation convenable. Elle veut en même temps que les enfants reconnaissent leurs pères et leurs mères comme leurs supérieurs, et qu'ils se conforment avec respect à leur volonté. Cette autorité est la plus ancienne et la plus sacrée qui se trouve parmi les hommes. Tâchons d'en bien développer la nature, les fondemens, quelle en est l'étendue, et quelles en sont les bornes.

§. II. Le pouvoir paternel, ou plutôt le pouvoir des parents, n'est autre chose que le droit ou l'autorité que la loi naturelle accorde au père et à la mère, de diriger les actions de leurs enfants, et même de les châtier, afin qu'au moyen d'une bonne éducation, ils se forment à la sagesse et à la vertu, et qu'ainsi ils puissent se rendre heureux, et devenir un jour utiles à leur famille et à la société humaine dont ils sont membres.

§. III. Il y a diverses opinions touchant l'origine et le fondement du pouvoir paternel. Pour se déterminer là-dessus, il n'y a qu'à faire attention à la nature de la société paternelle, et au but que Dieu s'est proposé en l'établissant. Cela posé, il n'y a nul doute que l'acte de la génération ne donne lieu au père et à la mère d'acquérir sur leurs enfants un droit valable, et par rapport aux enfants eux-mêmes, et par rapport aux autres hommes. Mais ce n'est là que l'occasion, et non

la vraie cause ou le fondement du pouvoir paternel. Car toute autorité entre les hommes ne peut être fondée, ou que sur le consentement réciproque et volontaire, ou que sur quelque loi divine, qui ordonne que l'un soit assujetti à l'autre.

On ne saurait établir le fondement de l'autorité paternelle sur le consentement des enfants, il faut donc avoir recours pour cela à l'ordre de Dieu, et aux lois naturelles.

Il est incontestable que la loi naturelle ordonne aux pères et aux mères d'avoir soin de leurs enfants, puisque les enfants seraient très-misérables sans cela, et que la société ne saurait subsister. On peut même dire qu'un homme et une femme qui s'unissent ensemble s'engagent par cela même à élever les enfants qu'ils mettront au monde. C'est aussi pour les porter plus fortement à la pratique d'un devoir si nécessaire, que la nature leur inspire une tendresse extrême pour ce fruit de leur union.

§. IV. Mais comment serait-il possible que des parents travaillassent avec succès à la conservation, à l'éducation, et au bien de leurs enfants, s'ils n'avaient pas sur eux quelque autorité, et s'ils ne pouvaient diriger leurs actions avec empire, dans un âge où ils ne se connaissent pas eux-mêmes, où ils ne sauraient pourvoir à leurs besoins, ni seulement connaître leurs véritables intérêts?

Puis donc que quiconque oblige à une fin, accorde par cela même le pouvoir d'employer les

moyens nécessaires pour y parvenir, il s'ensuit que la nature, en ordonnant aux pères et aux mères d'avoir soin de leurs enfants, leur confère sur eux toute l'autorité qui leur est nécessaire pour cela; et par conséquent qu'elle impose aussi aux enfants l'obligation de se soumettre à la direction de leurs parents; sans quoi le droit de ceux-ci serait inutile.

§. V. Ce que l'on vient de dire conduit naturellement à une remarque qui confirme les principes que nous avons établis (1) sur le fondement de l'autorité et de la dépendance. Nous avons dit, que le droit de commander était fondé, de la part du supérieur, sur une puissance bienfaisante, et qu'il supposait dans les inférieurs la faiblesse et les besoins. Or toutes ces circonstances conviennent parfaitement aux pères et aux mères à l'égard de leurs enfants, et elles produisent la subordination naturelle qui est entre eux.

[249. Le pouvoir paternel tient directement au bonheur de l'humanité; c'est pourquoi je crois devoir traiter cette matière avec quelque étendue, d'autant plus qu'il ne me semble pas qu'on soit jusques ici remonté à la véritable origine de ce pouvoir. Commençons par exposer les principales opinions des jurisconsultes.

L'opinion de Burlamaqui, qui est en partie celle de Puffendorf, ne nous montre ni l'origine, ni la nature du pouvoir paternel proprement dit.

---

(1) Chap. IX, Ire. partie.

Car de ce que la loi naturelle ordonne aux pères et aux mères d'avoir soin de leurs enfants, de les élever et de les former à la vertu, il ne s'ensuit pas un pouvoir des pères sur leurs enfants; car c'est plutôt un privilége des enfants; et un devoir, une obligation rigoureuse du côté des pères et des mères.

Comment serait-il possible, dit-on, que les les pères et les mères travaillassent avec succès à la conservation, à l'éducation et au bien de leurs enfants, s'ils n'avaient pas sur eux quelque autorité, et s'ils ne pouvaient diriger leurs actions avec empire? Or, celui qui oblige à une fin accorde les moyens nécessaires pour y parvenir. L'objection semble spécieuse; et il faut en démêler le sophisme. Il est certain que les pères et les mères sont chargés dans l'état naturel, par la nature de l'éducation de leurs enfants; il est sûr aussi qu'ils ne sauraient s'en charger sans avoir du pouvoir sur eux; mais on ne voit pas encore l'origine et le fondement du pouvoir paternel. Car, comme nous verrons, ce n'est ni en tant que pere ou mere, ni en tant qu'instituteurs, en bienfaiteurs, que les pères et les mères ont du pouvoir sur leurs enfants. Ces qualités ne mettent pas encore une inégalité dans l'état de nature entre celui qui commande et celui qui obéit, qualité nécessaire pour établir le droit de commander, et l'obligation d'obéir. La force apparente donc de cet argument consiste en ce que l'on confond la qualité de père avec celle que

nous développerons d'abord, et sur laquelle est fondée l'origine du pouvoir paternel.

J'ai dit que cette opinion est *en partie* celle de Puffendorf, qui croit que l'autorité des pères et des mères est fondée, outre le devoir de l'éducation, sur un fondement présumé des enfants, et par conséquent sur une espèce de convention tacite (1). Mais outre que toute convention suppose une action libre, et que les pères, les mères et leurs enfants ne sont pas libres quant à leur devoirs réciproques, cette convention est entièrement inutile, parce que les devoirs en sont déjà fondés sur ce qu'il y a de plus sacré dans les lois naturelles.

Grotius et plusieurs autres jurisconsultes, font dépendre ce pouvoir de l'acte même de la génération, par lequel le père et la mère tiennent la place de Dieu, en quelque manière, et sont ouvriers avec lui, puisqu'ils mettent au monde un être qui n'existait pas encore (2). Mais la génération toute seule n'est pas un titre suffisant de l'autorité que l'on acquiert sur une créature humaine, à qui l'on a donné la naissance; car quoique un enfant soit produit de la substance de son père et de sa mère, cependant comme il devient une personne semblable à eux, et qui leur est égal, par rapport aux droits naturels, communs à tous les hommes, il faut quelque chose de plus pour le soumettre à leur empire;

---

(1) Liv. VI, chap. II, §. IV.
(2) *Voyez* Grotius, liv. II, chap. V, §. 1.

d'autant plus que l'acte de la génération ayant d'ordinaire uniquement pour but le plaisir qui l'accompagne, un père et une mère ne sauraient prétendre qu'en vertu de cela seul les enfants soient tenus de leur obéir, bon gré mal gré qu'ils en aient : outre que la conception et la naissance ne sont pas au pouvoir des personnes qui y servent d'instrument.

Suivant Hobbes (1) chacun ayant une entière liberté dans l'état de nature, d'agir par rapport aux autres selon qu'il le juge à propos pour sa propre conservation, le vainqueur devient par-là maître du vaincu, le plus fort du plus faible. D'où il s'ensuit, que par le Droit naturel, un enfant dépend originairement de sa mère, qui l'a eu la première en sa puissance. Or, comme selon les principes de Hobbes, tous ceux qui ne sont ni sujets l'un de l'autre, ni dépendants d'un maître commun, peuvent se regarder réciproquement comme ennemis : si une mère veut élever son enfant, elle est censée ne s'y engager qu'à condition que, quand il sera homme fait, il ne devienne pas son ennemi; c'est-à-dire, qu'il lui obéisse; car on ne saurait vraisemblablement présumer qu'une personne donne la vie à une autre, afin que celle-ci acquérant des forces avec l'âge, acquière en même-temps le droit de lui résister. Dans l'état de nature toute femme devient donc en même-temps

(1) De Cive, cap. IX.

mère et maîtresse de l'enfant qu'elle met au monde. Ainsi, suivant Hobbes, dans l'état de nature, il n'y a que la mère qui ait du pouvoir sur ses enfants ; car, dit-il, dans cet état, on ne peut pas savoir qui est le père d'un enfant si la mère ne le déclare, et par conséquent l'enfant qui est naturellement à sa mère, appartient à celui à qui elle le donne, il était déjà à elle. Mais dans les sociétés civiles, si une femme habite avec un homme en conséquence d'un contrat dans les formes et selon les lois, les enfants sont sous la puissance du père ; parce que tout gouvernement civil, ayant été établi par des hommes, l'autorité domestique appartient à chaque père de famille.

Nous ne nous arrêterons point à réfuter ce système, parce que ayant réfuté dans la seconde partie les principes sur lesquels il est fondé, il doit par-là tomber naturellement. Outre que supposant un consentement tacite entre la mère et l'enfant, il revient en partie à celui de Puffendorf que nous venons de réfuter.

Pour remonter donc à la véritable origine du pouvoir paternel, il faut distinguer l'état de nature d'avec celui de la société civile. Dans l'état de nature, chaque famille isolée était un état dont le chef avait un droit absolu sur tous les membres, femmes, enfants, serviteurs, esclaves, tous dépendaient entièrement de ce chef : c'était leur véritable souverain, entre ses mains on reconnaissait le pouvoir législatif, le droit de faire la guerre, et de conclure des traités et des al-

liances. Les femmes, les enfants étaient naturellement égaux aux maris et aux pères; mais inférieurs et sujets à leurs souverains. Si on ne considère donc dans le chef de famille que la qualité de père, ou de mari, c'est en vain qu'on y cherche l'origine d'un pouvoir quelconque. Mais si on l'envisage comme souverain, il en est la source parce qu'il en a la plénitude. Mais comme les peuples ne conservèrent pas longtemps la lumière de la loi donnée par le maître de la nature, ils perdirent de vue les devoirs envers leurs enfants auxquels le pouvoir souverain les obligeait: ils ne crurent rien devoir à leurs enfants. Ils ne regardèrent pas leur conservation comme une obligation naturelle; ils n'apercevaient en eux qu'un bien qui leur appartenait pour en disposer à leur gré; une propriété qui leur laissait la liberté de les faire croître pour leur utilité, ou de les exposer comme des haillons que l'on ne livre pas au feu, et qu'on abandonne à ceux qu'un besoin extrême peut porter à les ramasser. Ce qui fit encore sentir la nécessité de l'établissement des sociétés civiles.

Par cet établissement, le pouvoir des chefs de famille passa au chef de la nation, qui l'absorba tellement qu'il n'en resta pas seulement l'ombre. Ainsi le pouvoir paternel, qui émanait de sa qualité de souverain ou de chef de famille, par l'établissement des sociétés civiles, se trouva entièrement entre les mains du magistrat, du prince et du monarque; les enfants qui naquirent après l'époque de l'établissement des sociétés civiles,

furent censés *ipso facto* sujets de ce nouveau souverain, obligé par-là aux soins que la conservation et l'éducation de ces nouveaux sujets demandaient. Mais comme un chef ne saurait veiller aux soins que demandent tous les membres de la nation, il y substitua à sa place les personnes, qui après lui, doivent avoir le plus d'intérêt à leur conservation et à leur éducation, fondant ses justes espérances sur la tendresse de ceux qui leur ont donné la naissance. De là vient que les souverains ont étendu, ou mis des bornes au pouvoir paternel, c'est-à-dire, à cette branche de pouvoir souverain qu'ils avaient confiée aux pères et mères, suivant qu'ils l'ont jugé convenable aux mœurs de leurs nations.

Un pouvoir paternel indépendant et différent même du pouvoir souverain dont le chef de la société civile est revêtu, c'est une chimère. Il n'y a dans la nature qu'un seul pouvoir physique qui est le fondement du pouvoir moral. Le souverain est une puissance morale soutenue par le pouvoir physique de la nation, qui s'en est dépouillée moralement en faveur de la souveraineté. Or après cette abdication totale de pouvoir, comment oserons-nous reconnaître chez les pères et les mères un pouvoir sur leurs enfants, c'est-à-dire sur leurs égaux, différent de celui du souverain? l'homme avant d'être père, n'avait point de pouvoir paternel; or du moment qu'il devient père, d'où reçoit-il ce pouvoir? L'acte de la génération a précédé celui de la naissance de neuf mois, pendant lequel

temps il n'avait pas ce pouvoir; la naissance de l'enfant n'augmente chez le père, ou la mère, ni les qualités physiques, ni les qualités morales: quelle sera donc la cause de ce pouvoir? Ce sont les lois, dit-on. Mais ce ne sont les lois naturelles qu'en tant que le père était souverain chez lui-même dans l'état de nature; les lois naturelles regardant d'ailleurs les hommes, sans la qualité de souverains, comme parfaitement égaux. C'est donc le souverain, qui en déclarant le père et la mère de l'enfant tuteurs nés, leur en confie le pouvoir nécessaire.

Concluons donc, que le pouvoir paternel, dans l'état de nature appartenait au père, en qualité de souverain: la femme n'y avait point de part, parce qu'elle était sujette à la souveraine puissance aussi bien que ses enfants. Mais après l'établissement des corps politiques, où les chefs de famille ont renoncé à leur pouvoir en faveur du souverain légitime, le pouvoir paternel se trouve entre les mains du souverain, qu'il confie aux pères et mères pendant le temps de l'éducation, qui doit être celui de la minorité: et lorsque les lois déclarent un jeune homme majeur, le souverain est censé retirer le pouvoir qu'il avait confié au père et à la mère pour s'acquitter du devoir de l'éducation. Je parle du père et de la mère, parce dans l'état civil il n'y a point d'inégalité entre eux; d'ailleurs les enfants sont ordinairement sous la discipline des mères pendant leur bas âge; et enfin, parce qu'il n'est pas rare de voir des femmes s'acquitter

du devoir de l'éducation avec bien plus de raison et de sagesse que les maris.]

Toutes les questions qui ont du rapport à cette matière peuvent se décider par le principe que nous avons établi pour fondement de l'autorité paternelle.

§. VI. On demande d'abord, si le pouvoir paternel appartient à la mère aussi bien qu'au père.

Je réponds, que comme la mère concourt et contribue autant que le père à la naissance des enfants, et que la loi naturelle lui impose aussi bien qu'au père l'obligation de les élever, on peut dire en général que la mère a un droit égal à celui du père sur les enfants qui naissent de leur mariage. De sorte que, pour parler exactement, il faudrait appeler cette autorité le pouvoir des parents, et non pas le pouvoir paternel.

[250. La décision dans le fond est juste ; mais les raisons n'en sont pas les véritables : nous les avons indiquées dans la remarque précédente. En effet, je ne dirai pas trop, en disant que ni Burlamaqui, ni personne ne sait encore si la mère concourt et contribue autant, ou plus ou moins que le père à la naissance des enfants; car il y a toute apparence que la génération, par un effet de la providence sera toujours un mystère ; au moins, elle sera sûrement la dernière découverte que les hommes feront dans la physique; ce qui revient au même ; car, dans le théâtre immense de la nature, nous ne faisons que de commencer à faire des découvertes.

De plus, comme il n'est pas possible d'élever les enfants sans pouvoir, qui se trouve tout entre les mains du souverain légitime dans les sociétés civiles, c'est seulement aux souverains que les lois naturelles imposent l'obligation de l'éducation des enfants. Lorsqu'on renonce à une force, on est censé renoncer aussi aux charges qui étaient attachées à cette même force; et si les mères et les pères continuent dans les sociétés civiles à élever les enfants, ce n'est qu'en qualité d'aides d'éducation du souverain, de qui ils empruntent le pouvoir.

Le plus sage des législateurs sentit très-bien qu'après l'établissement des sociétés civiles, les enfants n'étaient plus ni au père ni à la mère, mais à l'état; et il ne voulut pas seulement en confier l'éducation au père et à la mère; mais au moment qu'ils naissaient, on était obligé de les remettre entre les mains d'un certain nombre de personnes préposées pour avoir soin de les élever. Tous les enfants de Sparte étaient en conséquence nourris, vêtus, couchés, et en un mot élevés d'une manière uniforme, et aux dépens de l'état, sous le pouvoir du souverain, qui en est la vraie source (1).]

§. VII. Il faut pourtant ajouter à cela, que comme il est de l'essence d'un mariage régulier, que le mari ait quelque autorité sur sa femme, le droit de la mère sur ses enfants, doit être subordonné à celui du père, qui ayant la mère même

(1) Xenoph. *de Rep. Lacedem.*, Plutar. in *Lycurg.* Cic. *Tuscul.* 1, 2.

sous sa puissance, est à tous égards le chef de la famille. Mais cela ne prive point une mère de l'autorité qu'elle a sur ses enfants; en telle sorte que si un père, oubliant son devoir, négligeait entièrement l'éducation de sa famille, la mère serait obligée d'y suppléer, autant qu'il pourrait dépendre d'elle, et par conséquent elle exercerait alors le pouvoir paternel dans toute son étendue. Que si le père vient à mourir, la mère hérite alors de tout le pouvoir paternel, du moins par rapport aux enfants qui sont encore en bas âge.

[251. Par les observations que nous avons faites dans le chapitre précédent, le mari n'a point, par la nature, de pouvoir proprement dit sur sa femme; tout ce qu'il peut exiger, c'est une certaine déférence à ses conseils, si par ses qualités il la mérite. D'ailleurs, l'origine du pouvoir paternel venant du souverain pour le bien des enfants, ce pouvoir se trouve naturellement confié à la somme des qualités propres pour l'éducation qui se trouvent chez le père et la mère; et les portions de ce pouvoir doivent être en même raison que leurs qualités morales.]

§. VIII. A l'égard des enfants qui sont nés hors du mariage, comme il est pour l'ordinaire très-difficile de connaître, avec quelque certitude, qui en est le père, c'est avec raison que le Droit romain adjugeait ces sortes d'enfants à la mère. *Lex naturæ est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur* (1). Mais si le

(1) Leg. 24. DIGEST., *de Statu hom.*, lib. I, tit. V.

père de ces enfants est connu, il est sans contredit obligé de les élever, et par conséquent il peut exercer sur eux le pouvoir paternel.

[252. Les coutumes des nations n'ont pas été uniformes à l'égard des enfants naturels ni à l'égard des enfants adoptifs. Les Athéniens étaient obligés d'adopter les enfants naturels qu'ils avaient des citoyennes : ils ne réputaient bâtards que ceux des pères ou mères étrangers. Une des lois de Solon refusait la puissance paternelle sur les bâtards. Il est sensible que l'esprit de cette loi était de rappeler les mœurs aux devoirs et à l'utilité de la république. La volupté ne porte pas ses vues au-delà de la satisfaction momentanée ; il n'est pas juste qu'elle soit récompensée par une obéissance qu'elle n'a pas eu pour objet : la loi de Solon avait quelque chose de plausible ; mais elle n'avait devant les yeux que le peu que méritaient les pères : elle oubliait l'intérêt des enfants. Les peuples d'orient ont toujours fait peu de différence entre les enfants naturels et légitimes. Les Romains au contraire ne faisaient aucun cas des premiers : ils étaient cependant libres d'abord de leur faire part de leurs biens, ce ne fut que Constantin qui leur en ota la liberté.]

§. IX. C'est toujours en suivant les mêmes principes, que l'on peut juger de l'étendue et des bornes que la loi naturelle met à la puissance paternelle.

En général, un père considéré comme tel, étant dans une obligation indispensable de bien élever ses enfants, et de leur donner tous les soins jus-

qu'à ce qu'ils soient en état de se conduire eux-mêmes, son pouvoir doit être aussi étendu qu'il est nécessaire pour cette fin, et pas davantage. Par conséquent les parents sont en droit de diriger la conduite et les actions de leurs enfants de la manière qu'ils jugent être la plus avantageuse à une bonne éducation; ils peuvent les châtier avec modération, pour les ramener à leur devoir; et si un enfant est tout à fait rebelle et incorrigible, la plus grande peine qu'un père, comme tel, puisse lui infliger, c'est de le chasser de la famille et de le déshériter.

[253. Car si les enfants doivent hériter les biens de leurs parents, ce n'est pas tant en vertu d'une loi expresse du Droit naturel, que parce qu'ordinairement il n'y a personne pour qui les pères et les mères s'intéressent plus que pour leurs enfants; mais lorsqu'ils se montrent incorrigibles, et qu'ils payent les soins que les pères et les mères ont donnés à leur éducation, par une noire ingratitude, le temps de l'éducation prescrit par les lois civiles, étant fini, les pères et les mères peuvent les déshériter et les chasser même de la maison, n'ayant plus aucune obligation vis-à-vis de leurs enfants qui passent alors sous l'obéissance des lois. *Voyez* ce que nous avons remarqué au chapitre IX.]

§. X. Mais la puissance paternelle ne va pas jusqu'à pouvoir exposer ou tuer un enfant lorsqu'il est venu au monde; car un enfant dès sa naissance jouit, en tant que créature humaine, de tous les droits de l'humanité, aussi bien que

toute autre personne. Cependant cette coutume, détestable et inhumaine d'exposer les enfants, ou de les tuer même, était très-commune autrefois dans la Grèce et dans l'empire Romain; mais elle s'abolit peu à peu par l'usage, et enfin la chose fut défendue expressément. Il y a une belle loi du jurisconsulte Paul là-dessus. *Necare videtur non tantùm is qui partum perfocat, sed et is qui abjicit, et qui alimenta denegat; et is qui publicis locis, misericordiæ causâ exponit, quam ipse non habet* (1). *L'on tue son enfant, dit-il, non-seulement lorsqu'on l'abandonne; lorsqu'on lui refuse la nourriture, et lorsqu'on l'expose dans un lieu public, afin qu'il trouve dans les autres une compassion dont on n'a point été touché soi-même envers lui.* On peut consulter sur cette matière, le beau Traité de M. Noodt, intitulé *Julius Paulus.*

§. XI. Le pouvoir paternel ne renferme pas non plus en lui-même le droit de vie et de mort sur les enfants qui ont commis quelque crime; tout ce qu'un père, comme tel, peut faire, c'est de les chasser de sa famille.

[254. Ce n'est pas assez de les chasser de sa famille; mais il doit les dénoncer au souverain, afin qu'il les punisse suivant la qualité des crimes. Car, d'abord le père est citoyen avant que d'être père, et les intérêts de la société doivent précéder ceux de la famille; qui ne sont qu'appa-

(1) Leg. 25. DIGEST., *de Agnosc. et alend. liber.*, lib. XXV, tit. III.

rents lorsqu'ils se trouvent en opposition avec ceux de la société. Or, l'intérêt de la société demande que le crime soit puni. D'ailleurs, comme les enfants sont sujets du souverain, qui en confie l'éducation aux pères et aux mères, ceux-ci en sont responsables; et n'ayant pas le pouvoir de punir leurs crimes, ayant d'ailleurs tout l'intérêt qu'ils soient imputés efficacement à leurs enfants coupables, ils doivent recourir à l'autorité du souverain, pour sauver à la fois ce qu'ils doivent au souverain et à l'état. C'est une suite de ce que les souverains dans la société civile ont pris la place des pères dans l'état de nature, où ils avaient le droit de vie et de mort sur leurs enfants; or, comment le souverain exercerait-il ce droit, si les pères et les mères n'étaient pas obligés de lui déclarer les crimes de leurs enfants? Le fils de Cassius était sur le point de publier la loi du partage des terres, loi fatale au repos des Romains. Son père n'ayant pu l'en détourner, le fit mourir, parce que les pères chez les Romains avaient tout le pouvoir souverain sur leurs enfants. Le peuple étonné, vit arracher son magistrat de la tribune aux harangues, et n'osa faire de résistance. Cependant une des lois qu'ils appelaient sacrées, vouait à Jupiter, c'est-à-dire, dévouait à la mort, celui qui aurait seulement tenté d'approcher du tribun dans le dessein de le maltraiter. Mais le peuple était persuadé du devoir d'un père, et il connaissait que ce devoir pour le bien public, était encore plus sacré que la loi en faveur de la personne du tribun.]

§. XII. Comme c'est la foiblesse de la raison, et l'impossibilité où sont les enfants de se conserver, de se conduire, et de pourvoir à leurs besoins, qui les soumet nécessairement à la direction et au pouvoir de leurs parents; il s'ensuit, qu'à mesure que la raison se développe et se perfectionne dans un enfant, à mesure qu'il approche d'un âge mûr, l'autorité paternelle diminue, pour ainsi dire, insensiblement; et certainement on ne doit pas traiter un homme fait comme un jeune homme en bas-âge.

[255. C'est le but du pouvoir paternel. Un enfant dans son bas-âge, ne connaît pas ce qui convient à sa conservation : c'est à son père, à sa mère à le lui procurer et à le lui faire embrasser : il n'a ni intelligence, ni volonté à cet âge là; les lois veulent qu'un fils alors suive la volonté du père, de la mère, de son conducteur, qui ont de l'intelligence, de la volonté, et de la liberté pour lui; mais à mesure que l'intelligence se développe avec l'âge dans l'enfant, le père et la mère diminuent leurs attentions, parce qu'ils voyent que dans les affaires au moins les plus simples, il peut se diriger par lui-même et que leurs attentions commencent à devenir moins nécessaires. Et à mesure qu'il avance dans la connaissance des lois, il approche de sa liberté; de manière que lorsqu'il est parvenu à cet état qui a rendu son père un homme libre, le fils devient homme libre aussi. Il ne lui reste de lien que celui de la reconnaissance, qui est bien fort dans une ame bien née.]

Si un enfant, pendant qu'il est sous la puissance et la direction paternelle, acquiert quelque chose, soit par donation, ou autrement, le père doit l'accepter pour lui ; mais cela appartient en propre à l'enfant; le père peut seulement en jouir, et en entretenir son enfant, jusques à ce que celui-ci soit capable d'en prendre lui-même l'administration.

[256. Car, d'un côté, les choses qui entrent en propriété ne servent pas moins aux enfants, qu'aux hommes faits, pour les usages de la vie, et sont mêmes beaucoup plus nécessaires aux premiers, à cause de leur peu de forces et de la faiblesse de leur jugement, qui ne leur permettent pas de pourvoir à leurs besoins et de ménager convenablement leurs intérêts. Mais, d'un autre côté, les enfants ne pouvant acquérir à cause du défaut de jugement et du manque de conduite, les lois civiles y ont pourvu en chargeant les pères et les mères ou leurs conducteurs de les accepter en leur nom ; de plus, les pères et les mères en ont la jouissance pour se récompenser des dépenses de l'éducation.]

§. XIII. Pour ce qui est des profits que peut faire un enfant déjà grand, par son travail et par son industrie, ils doivent lui appartenir. Mais si ces profits provenaient des biens mêmes du père, il serait raisonnable que le père se les appropriât, en dédommagement des dépenses qu'il est obligé de faire pour sa nourriture et pour son éducation. En général, il est tout à fait convenable que l'on donne quelque droit aux pères sur

les biens de leurs enfants, pour tenir d'autant plus les enfants dans la soumission et le respect de l'autorité paternelle.

[257. En effet, la soumission et la dépendance des enfants envers leurs pères et leurs mères, sont absolument nécessaires à leur éducation; car il n'est pas possible de s'en acquitter autrement. Or, comme le souverain confie le pouvoir paternel aux parents, afin qu'ils puissent s'acquitter de ce grand devoir d'une manière conforme au bien de l'état; ce même pouvoir doit être tout employé à entretenir cette dépendance et cette soumission, sans lesquelles les soins des pères et des mères seraient inutiles. C'est pourquoi la nécessité de ce pouvoir augmente à proportion que l'âge le rend plus nécessaire aux enfants. Or, la raison et l'expérience concourent à nous convaincre, que la propriété des biens abandonnés aux enfants est un moyen sûr de les rendre indépendants du pouvoir paternel. La raison n'ayant guère encore de prise sur eux, ils ne reconnaissent point d'autre ressort que les plaisirs : or quoi de plus propre pour en augmenter le nombre et l'intensité dans cet âge fougueux que la propriété des biens? L'accorder aux enfants avant que leur éducation soit finie, c'est y renoncer. Mais, au contraire, otez-leur en toute idée : faites leur sentir qu'ils n'ont rien en propre, que tout appartient à leurs parents, et que tout ce qu'ils en reçoivent, c'est par un effet de leur libéralité, et qu'ils peuvent la suspendre lorsqu'ils le trouveront nécessaire à leur éduca-

tion, vous en obtiendrez tout. La soumission et la dépendance de la jeunesse sont en raison inverse de la propriété des biens : et le succès de l'éducation est en raison directe de la dépendance de la jeunesse de ceux qui en sont chargés.

Au reste, que les enfants, pendant leur minorité, ne doivent rien posséder en propre, c'est une suite nécessaire de leur état pendant ce temps-là ; état, où ils sont censés n'avoir ni intelligence, ni volonté, ni liberté ; et en effet ils n'en ont guère la plupart. J'entends ici par *propriété* le pouvoir d'en exercer le droit par soi-même : et l'aliénation et autres semblables manières de disposer de son bien, supposent de leur nature un acte d'une volonté raisonnable, qui ne peut se trouver dans ces sortes de personnes.]

§. XIV. Ces principes sont aussi les fondemens généraux des sages lois des Romains sur le *Pécule* des fils de famille. *Vid. Inst. lib. II. tit. IX. Per quas personas cuique acquiritur.*

[258. On appelait *peculium*, une espèce de patrimoine qu'un esclave, ou un fils de famille pouvaient avoir, quoiqu'ils fussent sans puissance. Selon les règle du Droit romain, ce qu'ils acquéraient était d'abord acquis au maître, ou au père. Cependant ce qu'un fils de famille gagnait à la guerre, et ce que son père et sa mère, ou ses autres parents lui donnaient à cette occasion, lui appartenait absolument, en sorte qu'il pouvait en disposer comme bon lui semblait, et sans que son père eût rien à y voir. C'est ce que

l'on appelait *peculium castrense* (1). Il en était de même de ce qu'un fils de famille gagnait dans tout autre emploi, dont il tirait un salaire public : et c'est ce qui s'appelait *peculium quasi castrense* (2). Voilà pour le pécule militaire.

Le *Pécule civil*, qui est appelé *pecunium paganum*, consistait ou dans les biens qu'un fils de famille acquérait hors de tout emploi public, soit par son industrie, soit par donation, soit par testament, soit par un effet de la disposition des lois. Le père avait l'usufruit de ces biens : c'est ce que les interprètes appellent, *peculium adventitium ;* ou dans le profit qu'un fils de famille faisait des propres biens de son père, ou à leur occasion ; et ceux-ci étaient en la possession du père : c'est là le *peculium profectitium*, comme on parle. Les esclaves n'en avaient point d'autre (3).]

Au reste, quoique la puissance paternelle soit principalement fondée sur l'obligation où sont un père et une mère de bien élever leurs enfants, cela n'empêche pas que des parents ne puissent, pour le plus grand avantage de leurs enfants, confier à quelque personne capable, le soin de leur éducation.

[259. Mais comme le pouvoir paternel a été

---

(1) Digest., lib. XLIX, tit. XVII.

(2) Cod., lib. III, tit. XXVIII, *de Inoffic. Testam.*, leg. XXXVII.

(3) *Voyez* les Interprêtes sur le Digest., lib. XV, tit. I, *de Peculio ;* et sur les Instit., lib. II, tit. IX, *Per quas personas cuique acquiritur*, et surtout Domat, IIe. partie, liv. II, tit. II, sect. II.

confié aux pères et aux mères pour les mettre en état de donner une sage éducation à leurs enfants, il s'ensuit qu'en se déchargeant de ce grand fardeau, et en confiant cette éducation à une autre personne, ils doivent lui remettre en même temps le pouvoir paternel; et même dès le moment que les enfants passent entre les mains d'un étranger, le pouvoir paternel est censé y passer aussi. En effet, nous avons vu, que le père, en tant que père, n'a point de pouvoir sur ses enfants; mais que dans l'état de nature, il l'avait en tant que souverain de sa famille; et dans l'état civil, en tant que substitué par le souverain à l'éducation des enfants; de façon que dans le cas d'une éducation publique, le pouvoir paternel s'évanouirait, parce qu'il ne se trouverait que entre les mains de ceux à qui le souverain trouverait bon de confier ce département, peut être le plus important de l'Etat. Donc le père, n'ayant d'autre pouvoir sur ses enfants que celui qui lui est nécessaire pour l'éducation des enfants, dès qu'il s'en repose sur les soins d'un étranger, il est censé se démettre aussi du moyen pour s'acquitter de l'éducation, et de le remettre tout entier entre les mains de l'étranger qu'il a choisi.

Mais pour mettre encore dans un plus grand jour cette proposition, je partagerai l'éducation morale en deux parties, c'est à-dire, en celle qui regarde les mœurs à former dans la jeunesse, et en celle qui regarde les instructions, que j'appelerai *formation du cœur* et *culture d'esprit*.

Ces deux branches d'éducation sont également pénibles, mais la première est infiniment plus importante que la seconde, ou plutôt elles sont inséparables, et l'on doit les faire marcher de front. On trouve des obstacles presque insurmontables dans la jeunesse de toute part; ceux qui s'opposent à la culture de l'esprit, sont principalement une certaine pesanteur du corps qui fait que la jeunesse se refuse à tout ce qui est travail; le tempérament, la petitesse du génie, le manque de volonté, de goût, etc. Celui qui veut former le cœur des enfants, trouve dans son chemin, les passions, les mauvaiseshabitudes, le mauvais exemples, la mauvaise éducation des premières années, surtout domestique, etc., etc.

On épuiserait en vain toutes les forces du raisonnement, si on voulait se servir de ce faible moyen pour former l'esprit ou le cœur de cet âge inconstant et incapable de réflexion. Tous les obstacles qui s'y opposent, frappent vivement les sens des enfants, seuls moyens des connaissances à cet âge; les raisonnemens ne les affectant point, mais passant diréctement à l'ame, ils ne font que peu ou point d'impression sur les enfants. Il faut donc en venir aux faits: pour cela, il faut de la soumission et de la dépendance, que l'on n'obtiendra point si l'on n'a pas du pouvoir sur eux. Mais si les pères prétendent garder toute l'autorité pour eux, et qu'ils refusent de la remettre à la personne chargée de l'éducation de leurs enfants, comment pourront-ils s'en acquitter? et comment osera-t-on prétendre que

cette personne forme leur esprit et leur cœur, pendant qu'on lui en ôte le moyen?

Il est des pères qui entendent si peu ce que c'est que le pouvoir paternel, son origine, sa fin, les obstacles que rencontre une sage éducation, et les moyens nécessaires pour y réussir, qu'ils pensent que la personne à laquelle ils confient l'éducation de leurs enfants ne doit employer d'autre moyen pour les diriger que le raisonnement, en se réservant à eux-mêmes tout le pouvoir paternel, pour s'en servir dans les occasions, par lettres, car je suppose les enfants en éducation hors de leurs familles. Ils font en cela la même faute qu'un souverain qui s'aviserait de ramener à sa légitime obéissance des sujets rebelles à 200 lieues de la cour, par de simples rescrits et des ordonnances qui ne serviraient qu'à augmenter le mépris des sujets pour leur souverain. L'éducation de la jeunesse est un métier des plus difficiles et des plus pénibles : il faut sans doute de la douceur pour y réussir, mais lorsqu'elle ne suffit pas, il faut avoir recours à la rigueur, à la fermeté et à la force : ce qui demande nécessairement le pouvoir.

L'on voit par là, combien est délicat le choix d'une personne destinée à l'éducation de la jeunesse, et combien le prince se rend coupable, s'il ne veille pas avec le plus grand soin sur l'éducation publique. Les pères, à leur tour, sont responsables de leur négligence au souverain le seul et véritable maître des enfants : et ils doivent, en se déchargeant de cette éducation, se

dépouiller aussi du pouvoir paternel, que le souverain leur a confié pour s'en acquitter. L'état permet bien ce transport de devoir, non seulement parce qu'il y a des pères trop occupés, d'ailleurs, ou peu propres à cet ouvrage, mais encore parce que la tendresse paternelle est souvent un obstacle insurmontable à une sage éducation ; mais en même temps qu'ils se déchargent de ce soin, ils renoncent à l'usage du moyen que le souverain leur avait confié pour s'en acquitter. L'éducation est un devoir, une fin ; le pouvoir est un droit, un moyen ; or, le devoir et la fin cessant, le droit et le moyen deviennent inutiles ; et commencent à appartenir par droit à celui qui se trouve chargé du devoir dont l'autre s'est dépouillé, et qui travaille à la place de celui qui en avait reçu le moyen.]

Ils peuvent même donner leurs enfants à quelque honnête homme, qui souhaite de les adopter, si c'est pour le bien de leurs enfants.

[260. Par l'adoption, le père naturel se démet de son pouvoir paternel sur son enfant, et le transporte au père adoptif. Comme c'était autrefois une espèce d'infamie de n'avoir point d'enfant, l'adoption fut autorisée par les lois, pour suppléer à la stérilité des mariages et pour la consolation de ceux qui souhaitaient de se perpétuer en quelque sorte par la voie de la succession, dans des héritiers de leur choix. C'était une imitation de la nature, par le moyen de laquelle un père pouvait avoir en sa puissance, un enfant qui n'était pas né de lui. C'était une

voie qui donnait tous les droits de la naissance légitime, et qui établissait civilement la puissance paternelle, comme les suites du mariage l'établissent naturellement, autant qu'un père et une mère sont des substitués nés du souverain pour l'éducation de leurs enfants ; l'adoption avait même des priviléges particuliers sur la nature qui devait se contenter de ce qui lui échéait en partage et qui était obligé de supporter dans un héritier nécessaire, les defauts du corps, les travers de l'esprit, et souvent la corruption du cœur. Il n'en était pas de même de l'adoption. Dirigée par la la prudence, elle était maîtresse de son choix, et se déterminait avec connaissance de cause : elle n'avait à craindre que ses préjugés, et ne pouvait s'en prendre qu'au défaut de son discernement.

Le Vieux Testament offre grand nombre d'exemples d'adoption : elle avait aussi lieu parmi les Grecs, et voici les lois qui furent établies par Solon. I. « Si quelqu'un étant sans enfants, et » maître de ses biens, adopte un fils, que cette » adoption ait tout son effet. II. Que celui qui » fait une adoption, soit vivant. III. Qu'il ne » soit permis à celui qui a été adopté, de rentrer dans la famille d'où il est sorti, qu'après » avoir laissé un fils légitime à la famille dans » laquelle il était entré par l'adoption (1) ».

Les Romains firent un usage fort fréquent de

(1) *Voyez* M. Samuel Petit, dans son *Commentaire sur les Lois Attiques.*

l'adoption. Le père adoptif, après avoir obtenu le consentement du père naturel, se pourvoyait au tribunal du préteur pour faire ratifier l'acte d'adoption, ou bien il s'adressait au peuple assemblé par curies, qui portait un décret confirmatif sur la réquisition des tribuns. Dans ce second cas, l'adoption était exprimée par le mot d'*adrogation*. Il fallait que le père adoptif n'eût point d'enfants, et qu'il fût sans espérance d'en avoir. Il n'aurait pas été juste que l'adoption se fût faite au préjudice de ceux que les droits de la nature appelaient à la succession. Il fallait encore que le père adoptif fût plus vieux de dix-huit ans que le fils qu'il adoptait, sans quoi l'adoption n'eût pas été une imitation ou un supplément de la nature, selon l'intention des législateurs. Enfin l'adoption n'était censée valable qu'après avoir été confirmée par le collége des pontifes.

L'adoption n'est pas dans nos mœurs : elle n'est plus pratiquée nulle part parmi les particuliers : mais les souverains ont donné, dans les derniers siècles, quelques exemples d'une adoption qui n'est qu'une image très-imparfaite de l'ancienne. Jeanne, première reine de Naples, comtesse de Provence, adopta Louis de France, duc d'Anjou; Louis d'Anjou, petit-fils du précédent, fut adopté par Jeanne II, Reine de Sicile. Louis, cardinal et duc de Bar, adoptant René d'Anjou, alors comte de Guise, lui donna le duché de Bar et le marquisat de Pont-à-Mousson, à la charge de porter son nom et ses armes.

Henri, duc de Poméranie, fut adopté par Marguerite, reine de Dannemarck, de Suède et de Norwège. François-Marie de la Rovère, duc d'Urbin, fils de Jean, frère du Pape Jules III, succéda au duché par l'adoption de son oncle maternel, Gui-Balde, adoption confirmée par le Pape dans le consistoire. La république de Venise adopta Jacques, roi de Chypre, fils d'un autre Jacques, aussi roi de Chypre, et de Catherine Cornaro, en le faisant noble Vénitien, etc.]

Enfin la nature permet encore à un père qui manque de moyens nécessaires pour subsister et pour entretenir ses enfants, de les mettre, pour ainsi dire, en gage, et de les vendre même : car il vaut mieux les exposer à un esclavage supportable, que de les laisser mourir de faim.

[261. En effet, la nature donne plein droit à tout ce qui est absolument nécessaire, pour obtenir une fin, qu'elle prescrit. Cela se pratiquait autrefois parmi les Thébains, qui l'avaient emprunté des Phéniciens. La loi des premiers, voulait que la chose se fît par autorité du magistrat, qui exigeait de l'acheteur une promesse solennelle de bien nourrir l'enfant, jusqu'à ce qu'il fût en état de servir (1). Le législateur avait ordonné la vente des enfants en cas d'une extrême misère, pour empêcher qu'on ne les exposât : ce qu'il défendait sous peine de mort. A Athènes, il n'y avait, du moins avant Solon, aucune loi

(1) Ælian. Var. Hist., lib. II, cap. VIII.

qui empêchât de vendre ses propres enfants à un créancier impitoyable (1). Pour ce qui est des Romains, il y avait une loi de Romulus qui donnait aux pères plus de pouvoir sur leurs enfants, que les maîtres n'en avaient sur leurs esclaves. Car, un maître ne pouvait vendre ses esclaves qu'une fois : et un père pouvait vendre son fils, jusqu'à trois fois, de quelque âge, et en quelque état qu'il pût être (2). Numa en excepta ceux qui se seraient mariés par l'avis ou avec le consentement de leur père (3). Les décemvirs n'osèrent pas annuller entièrement cette loi ; mais avec le temps elle s'abolit peu-à-peu d'elle-même par le non usage. Et la chose fut enfin défendue expressément par les Empereurs Dioclétien et Maximilien (4).

Quant à moi, je regarde le pouvoir de faire subir la peine de mort aux enfants, ni d'une aussi grande conséquence, ni si dangereux que celui de les vendre. L'un pourrait absolument être permis, parce qu'on n'en userait jamais ; l'autre ne doit pas être toleré, parce qu'on l'exercerait, et peut-être trop souvent. On peut dire, à l'égard du premier, que la loi inspirerait la crainte, et que la crainte empêcherait que l'on ne méritât le châtiment : l'amour des pères est

(1) *Voyez* Plutarque dans la vie de ce Législateur.

(2) Denys d'Halicarnasse, liv. II, chap. XXVII.

(3) Plutarque dans sa Vie.

(4) *Voyez* Cod., lib. IV, tit. XLIII, *de Patribus, qui filios suos distraxerunt*, leg. I.

assez fort et assez connu pour rassurer. Trouvera-t-on un père qui se prive de son fils, lorsqu'il aura le loisir de réflexion, ou que les remontrances du juge, les prières, les larmes, les cris d'une famille, le rappelleront à sa tendresse? Mais comme, de tous les mobiles qui meuvent les hommes, l'intérêt est le plus puissant, et qu'il est capable même d'étouffer la nature; le pouvoir de vendre les enfants pourrait bien tenter les pères, et cela plus souvent qu'on ne se l'imagine.]

§. XV. Lorsque les enfants sont parvenus à l'âge d'hommes faits, sans être pourtant encore hors de la famille paternelle, quoiqu'à parler exactement ils ne soient plus sous la puissance de leur père, ils ne laissent pas d'être encore dans sa dépendance, à l'égard des choses qui sont de quelque conséquence pour le bien de la famille; sur-tout, si l'on suppose qu'ils sont encore entretenus des biens de leur père, et qu'ils veulent en hériter un jour. Car dans cet état des choses, il est juste que la partie se conforme aux intérêts du tout, et par conséquent que les enfants s'accommodent à ce que demandent le bien et la constitution de la famille, dont le père a sans contredit la direction.

Il faut donc remarquer là-dessus, qu'outre le pouvoir paternel, proprement ainsi nommé, les pères ont aussi quelque autorité, en tant que chef de famille. Cette autorité n'est pas tant fondée sur la paternité même, que sur une convention entre le père et les enfants. En effet plusieurs



personnes ne sauraient vivre ensemble sans quelque ordre et quelque sorte de gouvernement. On conçoit donc que, dans les premiers siècles du monde, un père de famille devenait comme le prince de ses enfants déjà en âge de discrétion, en vertu du consentement de ses enfants mêmes, qui, pendant le temps qu'ils voulaient demeurer dans la maison paternelle, et jouir des avantages de la société domestique, ne pouvaient rien faire de plus convenable à leurs intérêts, que de se soumettre à l'autorité et à la direction de celui de qui ils tenaient la naissance, qui avait pris soin de les nourrir et de les élever, et dont ils avaient jusques-là éprouvé la tendresse et les bienfaits de la manière la plus avantageuse.

[262. On souhaiterait plus de justesse dans les expressions de ce paragraphe. Un homme fait, c'est-à-dire, majeur, peut être considéré ou dans l'état de nature, ou dans la société civile. Dans l'état de nature, le père étant souverain de sa famille, les enfants étaient censés sujets à ce pouvoir souverain dans tout âge jusqu'à ce qu'ils fussent émancipés par le mariage, et sortis de la maison paternelle pour former une famille à part. Car s'ils ne sortaient pas de la maison, ils n'étaient pas censés émancipés par le mariage, mais ils restaient toujours sujets au chef de la famille et ils continuaient à en faire partie. Et comme les pères étaient souverains naturels, toute convention entre les pères et les enfants était inutile. Il ne faut pas raisonner de la souveraineté naturelle comme on raisonnerait

de la souveraineté civile : car celle-ci étant libre, elle dépend de la convention entre les sujets et le souverain : mais à l'égard de la souveraineté naturelle, comme les enfants appartenaient par nature à leurs pères, c'est la nature même qui leur assignait des souverains indépendamment de toute convention.

Mais il faut raisonner tout autrement des pères et des enfants dans les sociétés civiles. Les pères n'ayant d'autre pouvoir sur leurs enfants que celui que le souverain leur confie pour s'acquitter du grand devoir de l'éducation, dès qu'elle est finie, ce que les lois déclarent en fixant l'âge de majorité, le souverain retire le pouvoir paternel, et le père ne doit plus en faire usage. Dès que un jeune homme est majeur, il est censé avoir atteint l'âge de liberté, le père et le fils, le tuteur et le pupile sont égaux : ils sont tous également soumis aux mêmes lois; et un père ne peut plus prétendre à aucune domination, sur la liberté ou sur les biens de son fils. Alors le fils ne dépend plus du père.

Mais si les enfants sont entièrement indépendants de leurs pères, dès qu'ils sont majeurs, toute relation entre les pères et leurs enfants cesse-t-elle? Les pères deviennent-ils donc indifférents à leurs enfants? A Dieu ne plaise que nous tirions une conclusion directement opposée à nos principes! L'expérience du père, son jugement, son âge, sont des qualités qui lui acquièrent un droit à être honoré de son enfant : tout ce que le père a fait pour lui jusques alors,

pendant le temps de l'éducation qu'il lui a donnée, lui a mérité une reconnaissance sans bornes. Et ces droits, qui sont ceux de l'humanité; sont des droits très-parfaits au jugement de la raison, quoique le jargon des jurisconsultes les appelle imparfaits (1). Concluons donc que les enfants majeurs ne dépendent point de leurs pères, parce qu'il n'y a point de dépendance où il n'y a point de pouvoir : et le père n'en a point sur son enfant majeur. Mais il doit honorer son père et sa mère, et être pénétré toute sa vie d'un sentiment très-vif de reconnaissance; et par conséquent, ces devoirs des enfants dépendent en partie des qualités personnelles des pères et des mères et des soins qu'ils en ont éprouvés; car il y a bien des enfants, qui dans l'âge même de minorité, sont bien plus estimables par leurs qualités que leurs pères et mères : et d'autres qui par une heureuse crise de leur génie ont pu parvenir à se former eux-mêmes un plan d'éducation, que les pères et mères avaient entièrement négligée.]

§. XVI. Enfin, si l'on suppose qu'un enfant sorte de la famille de son père, il devient alors maître absolu de lui-même à tous égards, et n'est plus soumis à l'autorité paternelle. Mais il n'est pas moins obligé d'avoir tout le reste de sa vie pour son père et pour sa mère des sentimens d'affection, de respect, et de reconnaissance,

(1) *Voyez* notre Remarque 105, *tom.* II, IVe. partie, chap. III, pag. 452.

non-seulement parce que c'est d'eux qu'il tient la naissance; mais surtout parce qu'il leur est redevable de son éducation, qui leur a coûté bien des soins et de la dépense, et par laquelle ils ont été formés à une vie raisonnable et sociable.

[263. On ne peut pas dire non plus que dès qu'un enfant sort de la famille de son père, il devient maître absolu de lui-même, à tous égards, et qu'il n'est plus soumis à l'autorité paternelle. Car l'enfant peut sortir de la famille de son père pour cause d'éducation, d'apprentissage, ou de mariage. Dans les deux premiers cas il n'est pas maître de soi-même, ne le supposant pas encore majeur, mais il est sous le pouvoir paternel confié pendant le temps de l'éducation ou de l'apprentissage à son conducteur; car le souverain ne le retire que lorsqu'il déclare l'enfant libre, et soumis aux mêmes lois que le père; et pendant que le souverain ne retire pas ce pouvoir, l'enfant est censé y être toujours soumis. Mais en cas de mariage, comme le père par son consentement le déclare capable de se gouverner lui-même, le souverain retirant alors le pouvoir, l'enfant est censé libre, émancipé, et indépendant du pouvoir paternel que le père ne conserve plus. L'on voit par là pourquoi les mariages des enfants mineurs sont nuls, sans le consentement des pères, qui par cette approbation sont censés attester l'intelligence des enfants, qualité nécessaire pour être émancipé, avant le temps prescrit par la loi.

Au reste, il faut faire attention que nous rai-

sonnons ici, sans avoir aucun égard aux usages des différentes nations. Car je n'ignore pas qu'il y a des coutumes où le fils est tenu pour émancipé par l'habitation séparée de celle de son père : ce qui peut être tiré de la Novelle 25 de l'empereur Léon. En quelques-unes, le mariage n'émancipe pas les enfants nobles, si l'émancipation n'y est exprimée, et n'émancipe les roturiers qu'après qu'étant mariés, ils ont demeuré an et jour hors de la maison et compagnie de leurs pères. Et il y a aussi des états où le mariage n'émancipe point (1). Le pouvoir paternel appartenant en propre au souverain, il est le maître d'en disposer suivant qu'il juge être le plus convenable au bonheur de ses sujets.]

§. XVII. Enfin, la puissance paternelle peut finir en différentes manières.

1°. Et premièrement, si un enfant déjà grand est chassé de la famille, à cause de ses mauvaises actions, et de son incorrigibilité. C'est ce que l'on appelle *abdication*. Mais assurément un père n'en peut venir là qu'à la dernière extrémité, et après avoir mis en œuvre tous les moyens possibles, pour tâcher de ramener un enfant à son devoir.

[264. Aristote dit qu'il n'arrive guère qu'un père renonce son fils pour sien, à moins que le fils ne soit excessivement méchant (2). L'abdication était fort en usage parmi les Grecs.

---

(1) *Voyez* Domat, Ire. partie, liv. II, tit. II, sect. II.

(2) Ethic. ad Nicom., lib. VII, cap. XVI.



Quant aux Romains ils avaient recours à l'*exhérédation*. Grotius prétend que le droit d'*abdication* et d'*exhérédation* ne s'étend pas jusqu'à donner droit au père irrité de priver son indigne enfant de la nourriture même, à moins qu'il n'ait mérité la mort (1). Mais il tire cette conséquence d'un faux principe. Suivant lui, le père est obligé de nourrir son fils toute sa vie ; tandis que le fils ne saurait l'exiger que jusqu'à l'époque où il peut la gagner par lui-même ; après quoi les lois naturelles n'obligent à rien le père vis-à-vis de son enfant (2).

Mais lorsque le père chasse de sa maison son fils incorrigible, encore mineur, qui en est le tuteur ? Je réponds que ce sont les lois. Le père ayant trouvé son fils incapable d'éducation, il se démet du pouvoir paternel, et en même-temps de la charge qui y était attachée. Le souverain en reprenant le pouvoir confié au père, prend sous sa tutelle le jeune homme, émancipé *négativement*, s'il m'est permis de m'exprimer ainsi, et sujet par conséquent à la rigueur des lois.]

2°. Un père, qui pour l'avantage de son fils, le donne à quelqu'un qui l'adopte, lui transfère le droit qu'il avait sur lui, et s'en prive ainsi lui-même.

[265. Bien entendu que l'adoption se fasse pendant la minorité de l'enfant ; car le fils étant

(1) Liv II, chap. VII, §. VII.

(2) *Voyez* ce que nous avons remarqué au chap. IX.

majeur, l'adoption ne fait pas perdre le pouvoir paternel au père, qui l'avait déjà perdu du moment que le fils est entré dans sa majorité.]

3°. Un père assez dénaturé pour exposer son enfant, en même-temps qu'il renonce à la tendresse paternelle, il se dépouille aussi du pouvoir qu'il avait sur lui, et ce pouvoir passe tout entier au père nourricier de l'enfant exposé, qui touché de compassion le retire pour l'élever et en prendre soin.

[266. C'est une suite de la cessation du pouvoir paternel. Car alors, le père ayant renoncé à son droit, il passe entièrement à celui qui ramasse l'enfant exposé, par droit de premier occupant, quoique improprement dit, parce qu'on n'acquiert pas le droit à l'utilité du possesseur, qui n'acquiert que le droit que le père naturel avait, qui ne s'étendait qu'au pouvoir de châtier son fils lorsque son éducation l'aurait exigé.]

4°. Le pouvoir paternel, proprement ainsi nommé, finit dès qu'un enfant est parvenu à un âge parfait de raison et de maturité, et qu'il peut se conduire par lui-même (1).

5°. Enfin, si un fils sort de la famille de son père pour se marier, ou pour quelque autre raison, alors il devient son maître à tous égards (2).

§. XVIII. Tels sont les principes naturels sur la puissance paternelle. Il est de la dernière im-

(1) *Voyez* la remarque 262, pag. 433.
(2) *Voyez* la remarque 263, pag. 436.



portance pour le bonheur du genre humain et des familles, que dans les sociétés civiles, les lois maintiennent dans toute sa force cette autorité des pères sur les enfants, et qu'elles la fassent respecter comme un droit sacré et inviolable, et que Dieu lui-même a établi. C'est de-là que dépendent le bonheur des familles et le bien de l'Etat, qui ne seront jamais établis sur des fondemens plus solides que lorsque les pères de famille auront toute l'autorité nécessaire pour donner à leurs enfants une bonne éducation, proportionnellement à leur condition et à leur état.

[267. Cette considération de la puissance paternelle dans son rapport avec les intérêts civils mérite toute l'attention d'un sage législateur. La puissance paternelle ayant peu à peu perdu de ses droits dans Rome, l'ancienne vertu déclina et s'évanouit. On jugea à propos, après Auguste, pour mitiger la sévérité de la loi, d'interposer l'autorité du juge, mais on ne sut pas prendre les milieux que Moïse avait tracés. L'ambition, commune aux hommes, porta les magistrats à attirer à leur tribunal l'entière connaissance des fautes des enfants; c'était à-peu-près abroger la loi. Ecoutons Sénéque, et frémissons à la vue des suites fatales de cette abrogation. « On a vu, disait-il à Néron, punir » plus de parricides en cinq ans sous le règne » de votre père, que l'on n'avait fait depuis la » fondation de Rome. »

Lorsqu'on voit la nature, l'amour propre, la

liberté et l'attrait des plaisirs balancer la reconnaissance, on doit sentir la nécessité de mettre en œuvre des ressorts pour la soutenir. Si on ne compte pour entretenir la soumission filiale, que sur un reste de principes donnés dans l'éducation, cette barrière sera bientôt rompue. La société civile, ayant enfin reconnu ses véritables droits, a ôté aux pères le droit de mort sur leurs enfants; mais ayant ôté la crainte aux enfants, il fallait laisser du moins quelque intérêt puissant qui les retînt. Chez les Romains, les droits des pères étaient sans bornes: les biens acquis par le fils, et ceux de sa mère, leur appartenaient: ils en pouvaient disposer à leur gré. Constantin fut le premier qui assura aux enfants la propriété de leurs biens, et celle de leur pécule. Ces lois étaient bonnes: il était juste d'arrêter un père dissipateur à l'excès, et on doit corriger tous les extrêmes. Mais quel est l'aveuglement des coutumes qui en ont ôté aux pères l'usufruit? Elles renversent tellement l'ordre de la nature, que souvent le père se trouve soumis au fils, pour tirer de lui une subsistance qu'il refuse quelquefois, ou qu'il donne avec dureté. Et lorsqu'une mère meurt, on voit les enfants faire la loi à celui duquel Dieu et la nature les obligent de la recevoir. Ces coutumes ont fait croire à quelques jurisconsultes Italiens que les Français ne connaissaient point le pouvoir paternel. En général, ôter l'usufruit au père, faire des lois qui tendent au partage égal de la succession, fixer la légitime à une partie assez con-

sidérable, ou plutôt faire des lois pour y obliger le père, mettre des obstacles à l'exécution de sa volonté, c'est concourir avec les passions à étouffer chez les enfants tout sentiment de respect, d'honneur et de reconnaissance envers leurs pères ; et par une conséquence légitime, renverser dans l'état civil l'ordre établi par la nature.

On dit que le bon législateur chasse les voleurs de ses états, et que le plus habile les empêche de s'y former. Il est mieux sans doute, de garantir les mœurs de la corruption, que de chercher à les purifier quand elles sont corrompues. Toute l'attention doit être à empêcher la contagion de s'introduire. L'autorité des pères, est le préservatif le plus naturel, le plus légitime et le plus assuré. Or, l'éducation de l'enfance, quoique d'une très-grande conséquence, ne demande que des attentions ; le poids de l'autorité n'est pas nécessaire dans un âge si faible : mais lorsqu'après la puberté, le germe des passions se développe, que leur impétuosité agit avec violence, les lois puniront celles qui iront jusqu'au crime : la seule puissance paternelle peut étouffer les vices naissants. Si on compare les forces du torrent qu'il faut vaincre, avec celles de la digue que l'on doit lui opposer, on verra que celles-ci doivent être bien grandes, pour être supérieures comme on doit le désirer. Si vous ôtezla crainte et l'intérêt, je ne vois plus de frein capable d'arrêter la fougue de la jeunesse.

Cependant on s'éloigne de cet esprit d'une

manière bien étrange; l'on se relâche du pouvoir paternel lorsqu'on devrait en faire le plus d'usage. On commence à garder la jeunesse qui atteint l'âge de puberté, comme des êtres, dit-on, raisonnables. Ils ne sont plus des enfants; toute rigueur, toute puissance est alors mal placée : il faut raisonner avec eux : c'est par la raison qu'on doit les amener et les former à la vertu: ce ne sont que les bêtes qui sont des êtres d'habitudes. Les pères, tout remplis d'idées si étranges, et si contraires à la marche de la nature, commencent à accorder aux enfants quelque propriété, excellent moyen pour satisfaire leurs passions naissantes, et pour les porter au comble de l'impétuosité; ils les affranchissent de tous les soins des maîtres circonspects, et qui, pénétrés de leur devoir, voudraient que leurs disciples s'acquittassent aussi des leurs; ils leur font sentir que leur âge ne demande plus de frein, celui qui incontestablement en demande le plus, et qu'ils n'ont qu'à se conduire suivant la raison, qui malheureusement commence alors à avoir le dessous des passions; en un mot, lorsqu'il faudrait commencer l'éducation, nous la croyons finie; lorsque la puissance paternelle aurait le plus à faire, le père y renonce contre les intentions du souverain, et on laisse les enfants maîtres d'eux-mêmes à l'âge qui a le plus d'influence sur le bonheur ou le malheur du reste de la vie, âge où on n'a ni prévoyance de l'avenir, ni expérience du passé, ni modération pour ménager le présent; et par conséquent on borne l'usage

du pouvoir paternel à former l'animal, tel qu'un enfant jusqu'à la puberté, et on s'en défait lorsqu'il faudrait commencer à former l'homme. *Crainte et intérêt*; voilà les deux grands ressorts de l'éducation; si l'on en supprime l'un ou l'autre, le chemin à l'éducation, aux bonnes mœurs, au bonheur de l'Etat est entièrement perdu.]

§. XIX. Rassemblons en peu de mots les devoirs mutuels des pères et des mères, et de leurs enfants.

1°. Un père et une mère doivent nourrir et entretenir leurs enfants aussi commodément qu'il est possible, conformément aux règles de la modération et de la sobriété.

2°. Ils doivent former l'esprit et le cœur de ces jeunes créatures, par une bonne éducation, qui les rendent sages et prudents, gens de bien et de bonnes mœurs, utiles à l'Etat et à leurs familles.

3°. Ils doivent leur faire embrasser de bonne heure une profession honnête et convenable, et leur fournir pour cela les secours qui peuvent dépendre d'eux. Mais il serait injuste, et tout à fait déraisonnable, de forcer des enfants à prendre un parti contraire à leur inclination, en tant du moins que cette inclination n'a rien que d'honnête et de légitime.

4°. Enfin, quand des enfants sont élevés, et qu'ils peuvent se tirer d'affaire par eux-mêmes, les parents doivent toujours les aimer, les protéger, et les aider de leurs conseils. Mais à parler à la rigueur, ils ne leur doivent rien au de là,

et ils ne sont point obligés de les nourrir et de les entretenir, s'ils veulent vivre dans la mollesse et dans l'oisiveté.

§. XX. Les enfants, de leur côté, doivent aimer et honorer leur père et leur mère, leur obéir en toutes choses; leur rendre tous les services dont ils sont capables, surtout lorsqu'il sont dans la disette, ou avancés en âge; n'entreprendre rien de considérable sans les consulter, et supporter patiemment leur mauvaise humeur, et les défauts auxquels ils peuvent être sujets.

[268. « C'est la première et la plus ancienne » de toutes les dettes, disait fort sagement Platon. » Il faut qu'un fils se mette bien dans l'esprit, » que tout ce qu'il a, et tout ce qu'il possède, » appartient à ceux qui l'ont mis au monde et » élevé; de sorte qu'il doit à son tour, leur » fournir, autant qu'il lui est possible, savoir, premièrement les richesses, ensuite les » biens du corps et enfin ceux de l'ame. Qu'il » leur rende, avec usure, les soins et les inquiétudes extrêmes qu'ils ont eus pour lui autrefois, et qu'il le fasse sur tout dans leur vieillesse, où ils en ont le plus besoin. Qu'il parle » toujours d'eux avec un grand respect, pendant » toute sa vie.... Que quand ils déchargeront » leur courroux, soit par de simples paroles, » soit par des actions, il le souffre patiemment; » se souvenant bien que rien n'est plus pardonnable que la colère d'un père qui croit avoir » été offensé par son fils. Enfin, qu'après leur

» mort, il leur dresse des monumens.... et qu'il
» honore leur mémoire (1) ».

Les jurisconsultes ne conviennent pas entre eux quel est le fondement de l'obligation perpétuelle où sont les enfants envers leurs pères et leurs mères. Hobbes la croit fondée non-seulement sur la loi de la reconnaissance, mais encore sur une convention tacite (2). Mais nous avons déjà fait voir que cette convention tacite est pour le moins superflue. *Remarq.*, 259, pag. 423 et suiv.

Quelques-uns ont prétendu qu'elle est fondée principalement sur l'acte de la génération, en disant que par là, les enfants reçoivent la vie qui est le plus excellent des biens, et le fondement de tous les autres ; et que le père et la mère tiennent en quelque manière la place de Dieu, et qu'ils ont été des instrumens en sa main pour mettre au monde une créature qui n'existait pas auparavant. Cette opinion est fondée sur une fausse proposition, consacrée cependant par l'usage, c'est-à-dire, que les enfants tiennent leur vie des pères et de mères. Or, rien de plus absurde. Ce serait comme si l'on se croyait obligé au soleil par une loi de reconnaissance, de ce que tous les succès de l'agriculture dépendent principalement de son influence. Car en effet, le père et la mère ne connaissent pas mieux la manière dont ils donnent la vie à leurs enfants, que le soleil connaît son action sur les végétaux. La vie d'un animal est

(1) *De Legibus*, lib. IV.
(2) *De Cive*, cap. IX, § 8.

une suite nécessaire des lois admirables de la Providence, et c'est à leur auteur que nous la devons, et non pas au père et à la mère, qui ne sont que de simples instrumens dont la nature se sert pour parvenir à son but.

Mais, dès que nous considérons les soins d'un père et d'une mère depuis la naissance de l'enfant jusqu'à sa majorité, qu'avons-nous besoin d'autre fondement pour établir une obligation parfaite et perpétuelle des enfants, à faire tout ce qu'ils peuvent pour témoigner une reconnaissance sans bornes à leurs parents ? Si Dieu leur a donné la vie et l'existence, ils sont redevables de la conservation de cette vie et de cette existence à leur père et à leur mère; car sans leurs soins, ils l'auraient bientôt perdue. Si Dieu leur donne la vie, ce n'est qu'une vie parfaitement semblable à celle des bêtes brutes; et ce n'est qu'aux parents qu'ils doivent la vie raisonnable. Les lois physiques nous donnent des animaux; mais c'est l'éducation qui les métamorphose en être raisonnables; c'est par elle que nous avons des hommes, des citoyens. « On » vous est obligé, disait un ancien poète, d'avoir » donné un citoyen à la patrie, pourvu que » par vos soins il soit utile à la République dans » la guerre et dans la paix, et propre à faire » valoir nos terres (1) ». Ajoutons-y les dépenses que le père et la mère sont obligés de faire, pour

(1) Juven., sat. XIV, vers. 70 et suiv.

l'éducation de leurs enfants, pour leur nourriture, pour leur habillement ; la tendresse qu'ils conservent toujours pour eux, etc., ne sont-ils pas des titres à une reconnaissance sans bornes du côté des enfants? Ne regardera-t-on pas comme un monstre, un enfant qui oserait ne pas s'acquitter d'un devoir aussi sacré ?

Je n'ignore pas qu'il y a des ames dont les passions ont étouffé tout sentiment d'humanité, et qu'en vain on exigerait d'elles de la reconnaissance aux bienfaits les plus marqués qu'on pourrait alors leur prodiguer ; mais qu'il y en ait de si dénaturées qui puissent parvenir jusqu'au point de ne plus sentir ceux que les soins, les attentions, la tendresse paternelle et maternelle ont fait naître depuis le plus bas âge, c'est-à-dire, lorsque la corruption et la dépravation n'y mettaient encore point d'obstacle ; il semble *physiquement* impossible, car pour *moralement* tous les crimes le sont. Une dépravation de cœur, poussée si loin, semble contraire aux lois les plus inviolables de la nature. Que s'il arrivait que le moral corrompu l'emportât jusqu'à ce point, sur le physique, il faudrait arracher de la société des hommes, celui qui foulerait aux pieds d'une manière si horrible les lois les plus inviolables de l'humanité. Qu'oserait-on espérer du plus horrible des monstres qui puisse jamais paraître dans le mode moral?]

Mais au reste, quelque grande que doive être la soumission des enfants pour leurs parents, elle ne saurait aller jusqu'à leur faire exécuter

des crimes. On rapporte à ce sujet une belle réponse d'Alexandre le Grand à sa mère, qui le pressait de faire mourrir un innocent. « Je vous » ai porté neuf mois dans mon sein, lui disait-» elle ; je le sais, répondit-il ; mais demandez-» quelque autre marque de ma reconnaissance : » car il n'y a point de bienfait assez grand pour » engager à sacrifier la vie d'un homme ».

§. XXI. Après avoir ainsi expliqué ce qui regarde la société qui est entre le père, la mère et les enfants, il faut ajouter quelque chose sur celle qui est entre les enfants même, considérés comme sortis d'un même sang, comme frères et sœurs, ou comme parents plus éloignés, mais qui sont tous membres d'une même famille.

Le mariage est le fondement de toute sorte de parenté, et la parenté introduisant entre les hommes des relations plus étroites que celles qui ne sont établies que sur une communauté de nature, la loi naturelle impose aux parents une obligation particulière de s'aimer et de se secourir mutuellement, à proportion du degré de parenté qui est entre eux.

§. XXII. Si l'on fait bien attention à l'ordre de la naissance tel que Dieu l'a établi, on reconnaîtra d'abord, que les vues que Dieu s'est proposées étaient que les liaisons de sang et de parenté, qu'il forme entre les enfants d'une même famille, contribuassent à serrer plus étroitement les nœuds de la société humaine. Tous les enfants d'un même homme et d'une même femme, étant nourris et élevés ensemble par les soins de

leurs parents communs, contractent les uns avec les autres une habitude d'amitié, qui dans ses commencemens est presque toute physique et machinale, mais qui est pourtant une suite de l'ordre de la Providence, et qui conduit insensiblement les hommes, et comme sans qu'ils s'en aperçoivent, à avoir les uns pour les autres des sentimens d'amour et de bienveillance. La raison reconnaît sans peine la nécessité de cette amitié, et les avantages qui en reviennent aux familles, soit pour les nécessités et les besoins, soit pour l'agrément et les commodités de la vie. Les enfants d'un même homme ne sont pas plutôt parvenus à un âge de raison, que les sentimens d'amitié qu'ils ont les uns pour les autres les réunissent dans une société qui se trouve ainsi formée beaucoup plus promptement, et établie sur des fondemens beaucoup plus solides, que celle que des hommes faits, et qui n'auraient aucunes liaisons particulières, pourraient établir entre eux.

Concluons donc que rien n'est plus conforme aux vues de la Providence, et aux lois naturelles, que les enfants d'une même famille cultivent et entretiennent entre eux cette amitié, dont la nature elle-même a jeté les premiers fondemens; et que comme ils sont tous unis par les liens du sang et de la naissance, ils aient les uns pour les autres une bienveillance commune, qui les porte à se communiquer tous les secours, et à se procurer toutes les douceurs qui peuvent dépendre d'eux.

[269. Outre le mari, la femme et les enfants, il y a encore d'autres membres moins considérables dans une famille, que l'on nomme *serviteurs*, parce qu'en effet ils servent les chefs de famille. Lorsque le genre humain eut commencé à se multiplier, et qu'on eut reconnu la commodité qu'il y avait à se décharger sur autrui de la peine et des soins que demandent la plupart des affaires domestiques, l'usage d'avoir des serviteurs qui devinssent membres de la famille, s'introduisit de bonne heure. Cela ayant ensuite paru commode aux uns et aux autres, plusieurs se résolurent insensiblement à entrer sur ce pied-là pour toujours dans la famille de quelqu'un, à condition qu'il leur fournirait la nourriture et toutes les autres choses nécessaires à la vie. Ainsi, la servitude a été d'abord établie par un libre consentement des parties, et par un contrat *de faire afin que l'on nous donne.*

Il y a deux espèces de servitude, une *parfaite*, et l'autre *imparfaite* : cette dernière n'est que pour un temps, ou sous certaines conditions, ou pour certaines choses. Telle est celle des *affranchis* (*liberti*); celle des esclaves à qui la liberté avait été donnée par testament, mais seulement au bout d'un certain temps, ou sous certaines conditions (*statuliberi*) ; celle des *débiteurs* insolvables, qui se rendaient eux-mêmes esclaves de leurs créanciers, jusqu'à ce qu'ils pussent les satisfaire, et qui y étaient condamnés par le juge (*nexi*, *addicti*) ; celle des laboureurs (*adscripti* ou *adscriptitii glebœ*), qui étaient attachés aux

terres qu'on leur donnait; celle des esclaves parmi les Juifs, laquelle finissait au bout de sept ans, où à l'année du jubilé ; celle de gens de *main-morte*; enfin celle des mercenaires ou des gens à gage, qui est aujourd'hui la plus commune.

Un mercenaire à gage, que nous appelons aujourd'hui *valet* ou *domestique*, doit s'acquitter fidèlement du travail et du service auquel il s'est engagé en se louant à son maître ; et celui-ci, d'autre part, est tenu de payer exactement le salaire qu'il a promis au valet. De plus, comme dans un tel contrat, la condition du maître est plus avantageuse que celle du domestique, le domestique doit avoir du respect pour son maître, selon le rang que celui-ci tient dans le monde : et lorsque par malice, ou par pure négligence, il s'acquitte mal de sa tâche, le maître peut le châtier avec modération, mais non pas lui infliger une punition corporelle un peu considérable, moins encore le faire mourir de sa propre autorité.

Pour ce qui est des serviteurs perpétuels qui se sont engagés de leur pur mouvement, le maître doit les nourrir, et leur fournir toutes les autres choses nécessaires à la vie. Eux, de leur côté, doivent le servir tout le reste de leurs jours, faire tout ce qu'il leur commande qui ne soit ni mauvais ni injuste, et lui rendre un compte fidèle de tout ce qui provient de leur travail. Il faut cependant que le maître ait égard à leurs forces et à leur adresse naturelle, pour ne pas exiger d'eux avec une sévérité inhumaine,

des travaux qu'ils ne sauraient supporter. Pourvu qu'il se tienne à cet égard dans de justes bornes, il peut les châtier, non-seulement lorsqu'ils sont négligents ou paresseux, mais encore lorsqu'ils se comportent d'une manière à deshonorer ou troubler la famille dont ils sont membres. Il n'est pourtant pas permis au maître de les vendre, sans leur propre consentement ; car ils se sont engagés à le servir lui seul, et non pas tout autre qu'il lui plairait ; et il ne leur est pas indifférent qui ils servent. Quand ils viennent à commettre quelque crime énorme, si c'est contre une personne qui n'est pas de la famille, le maître doit les chasser, pour ne pas se faire regarder comme fauteur et protecteur de l'injustice. Mais si c'est contre quelqu'un de la famille, il est en droit de les punir, jusqu'à leur ôter la vie, lorsque lui et eux vivent dans l'indépendance de l'état de nature ; car dans une société civile, la punition des membres même d'une famille, appartient au magistrat.

La servitude parfaite est ce que nous appelons l'*esclavage*. Ces deux espèces n'étaient pas distinguées dans les temps reculés : nos premiers pères, satisfaits du gros des idées qu'ils ne se mettaient point en peine d'analyser, ne sentaient point de différence entre le service et la servitude. L'homme encore fier de sa liberté, ne souffrait le commandement d'un autre que lorsqu'il était asservi : ce n'est que peu-à-peu, et après avoir fléchi sous le joug de l'obéissance, qu'il en a connu les degrés.

C'est de ces serviteurs de la maison, que l'on fait dériver le terme de famille, *à famulis et famulitio*. Le nombre de ces serviteurs était bien supérieur à celui des maitres : je n'en citerai qu'un exemple. Un dénombrement d'Athènes comptait vingt mille citoyens, dix mille étrangers, et quatre cent mille esclaves. Ce n'était point alors un excès consacré comme aujourd'hui à l'ostentation ; les richesses consistaient dans le grand nombre de ce genre de serviteurs ; tout jusqu'à la succession du défunt, en prit sa dénomination, et porta le nom de famille.

Les esclaves sont ou naturels, procréés d'une mère esclave ; ou pris à la guerre, connus sous le nom de captifs ; ou rendus tels par le crime. On nomme ces derniers esclaves de la peine. Les esclaves avaient la tête nue, et rasée, comme la plupart des moines : les nouveaux affranchis portaient un bonnet, jusqu'à ce que leurs cheveux fussent revenus. C'est par-là qu'il devint un symbole de la liberté. Brutus, après le meurtre de César, fit frapper de la monnaie avec l'empreinte du bonnet, comme ayant affranchi le peuple romain. A la mort de Néron, le peuple prit des bonnets, pour témoigner qu'il se croyait libre de ce moment.

L'esclave dépendait entièrement de son maître, qui pouvait, à son gré, changer son état, et le délivrer de la servitude ; mais l'affranchissement ne procurait pas une liberté absolue. L'expression de Justinien ne doit point être prise au pied de la lettre : personne n'a jamais révoqué en doute

que l'affranchi ne demeurât dans une certaine dépendance de son ancien maître. On substituait à ce dernier titre, celui de patron : l'affranchi était sous sa protection, il lui devait des corvées, un tribut annuel ; il était taxé pour contribuer à la dot de sa fille, et pour le tirer de captivité. Si l'affranchi était coupable d'ingratitude, il perdait la liberté qu'il avait reçue : il était obligé de nommer le patron dans son testament, et de lui laisser un legs : sa succession lui appartenait lorsqu'il mourait sans enfants.

Nous finirons ce chapitre par l'examen de trois questions sur cette matière importante ; savoir : 1°. L'esclavage est-il naturel ou contraire à la nature ? 2°. Quelle doit être la puissance du seigneur sur l'esclave ? 3°. Doit-on admettre des esclaves dans une république ?

Aristote est d'avis que la servitude est conforme à la nature. « Nous voyons, dit-il, que » des hommes semblent faits pour servir et obéir, » et d'autres pour commander. » Telle est sa preuve qui ne conclut rien pour l'esclavage, et ne vaut pas la peine d'être refutée. La nature a donné à l'homme une volonté, une faculté de choisir, qui ne dépend que de lui-même ; dès-lors la nature l'a fait libre. Cette proposition n'a pas besoin d'être appuyée. D'autres prétendent que l'esclavage ayant été de tous les temps, que subsistant encore dans la plus grande partie de la terre, que tous les peuples l'ayant approuvé, il n'est pas à présumer que ce qui a été aussi

généralement reçu, et dont la durée n'a aucun terme, puisse être contre les lois de la nature.

Cette raison ne me touche point. Lorsqu'on raisonne ainsi, on ne connaît pas jusqu'où va la dépravation de l'esprit humain : il n'y a rien de si absurde, de si opposé aux sentimens naturels, qu'il ne soit capable d'adopter. Son aveuglement va jusqu'à couvrir du voile de la religion, ce qu'il y a de plus sacrilége : tels sont les sacrifices du sang humain, qui ont été en usage dans toutes les parties du monde. Les Thraces tuaient par charité, leurs pères et mères vieux et infirmes; il les mangeaient par piété : il était horrible qu'ils fussent mangés par des vers; cet usage subsiste encore parmi quelques peuples sauvages. De pareils exemples doivent bien humilier l'homme, et décrier l'autorité de l'opinion commune. Voyez ce que nous avons dit sur cette manière de raisonner, tome I, page 295, remarque 15, et tome III, page 318, remarque 231.

Mais la question cesse d'être la même, lorsqu'on examine si l'esclavage est conforme ou contraire à un droit des gens appuyé sur la raison. L'origine de l'esclavage se perd dans les temps les plus reculés. Je ne saurais penser, avec Puffendorf, qu'il a commencé par le consentement de ceux qui se sont donnés volontairement à une famille. La nécessité n'a pu y obliger celui qui avait des bras pour cultiver la terre : si la paresse l'éloignait de s'en servir pour lui-même, il ne les aura pas offerts à d'autres pour les employer à un travail arbitraire, et se sou-

mettre à l'empire cruel du maître sur l'esclave. L'on doit raisonner différemment de l'origine de la servitude parfaite et de celle de la servitude imparfaite. On ne peut se refuser à croire que l'esclavage a pris naissance dans les premières guerres des hommes; le vaincu a appartenu au vainqueur. Sans recourir au système de Hobbes, on peut assurer que les querelles ont commencé, entre les hommes, pour les besoins de la vie. Il y avait des esclaves avant qu'on se fût lassé de la simplicité des premiers siècles, et que l'on fût occupé à chercher tous les jours de nouvelles commodités.

On a dit que les politiques ont tiré le droit de réduire en servitude, du droit de tuer dans la conquête (1). Il faut distinguer la conquête du combat; il est naturel dans l'un, d'ôter la vie; ce droit serait trop barbare dans l'autre : on en a le pouvoir, on n'en a pas le droit. Si la conservation est le seul objet légitime de la conquête, comme le même auteur l'établit, comment, lorsqu'il a cherché les raisons de l'esclavage, ne les a-t-il point aperçues dans ce même droit de conservation? Il est permis d'ôter à celui qu'on a vaincu le moyen d'être encore ennemi, et de devenir vainqueur à son tour. Il est dans la nature de la chose, que la servitude dure autant que la conservation l'exige, et qu'elle soit éternelle s'il le faut. On a pu priver de la liberté,

(1) Esprit des Lois, liv. X, chap. III.

puisqu'il a été un moment dans lequel on a pu ôter la vie. Le droit des gens ne saurait être choqué, lorsqu'on donne le toit, le vêtement et la nourriture à celui que l'on a pu massacrer. On pourrait absolument attribuer l'esclavage à un principe d'humanité. Pourrait-il n'être pas permis d'exiger du vaincu les services qui n'excèdent pas ses forces et ses talens : l'usage des prisonniers de guerre n'est que l'humanité portée à un plus haut degré de douceur.

On devrait, dans la discussion, oublier les préjugés. Nous connaissons à peine l'esclavage dans la plus grande partie de l'Europe, et nous y avons attaché une idée de cruauté que nous ne séparons pas de la chose même : nous ne réfléchissons pas que la dureté ou la douceur de l'esclavage dépendent uniquement du caractère de maître et d'esclave : il l'emploie, il est vrai, à des ouvrages pénibles, pour lesquels souvent il n'était pas né : aimera-t-on mieux qu'il lui eût ôté la vie !

Les raisons que l'on cite ordinairement contre l'esclavage, se prennent des traitemens barbares exercés sur ceux qui sont tombés dans cette malheureuse condition ; mais elles ne prouvent rien : une institution peut être permise, et même bonne, et l'abus que l'on en fait pernicieux. Que l'on fasse périr son semblable dans les supplices, pour avoir cassé un verre ; qu'il soit martyrisé sous les coups de fouet pour avoir oublié de fermer la porte d'une antichambre : ces traitemens révoltent l'humanité : je les reconnais

contraires au droit des gens : mais ceci regarde le droit que l'on doit permettre au maître sur l'esclave, et non l'esclavage lui-même.

De quelque nature que soit le titre qui donne l'esclavage au seigneur, le droit de vie et de mort ne doit pas être toléré. Le Droit des gens permet d'ôter la vie à l'ennemi dans le moment de sa résistance : mais après qu'on la lui a accordée, et lorsque, par ce don, le vaincu a cessé d'être ennemi, l'équité du droit des gens ne permet plus de donner la mort, que pour un nouveau crime qui l'aurait méritée. La loi d'un Etat bien policé n'en laissera jamais le jugement à un particulier. Le châtiment outré, qui va jusqu'au supplice, doit être regardé du même œil : la mort n'est pas si affreuse que ces châtimens excessifs et réitérés. Les bornes d'un pouvoir légitime doivent être réduites aux règles de la justice et de la raison : on pourrait laisser des esclaves à ceux qui songeraient qu'ils pourraient eux-mêmes le devenir un jour.

Un détail très-succinct suffit pour mettre en état de savoir si l'on doit admettre des esclaves dans les corps politiques : la barbarie exercée contre eux, en a toujours fait les ennemis de leurs maîtres et de l'Etat. Personne n'ignore les guerres que les Romains eurent à soutenir contre les esclaves révoltés et réunis. Je penserais que ces époques rendirent les affranchissemens plus communs : on s'aperçut de l'inconvénient du trop grand nombre d'hommes nés libres, que l'on enchaînait : on s'attacha, par reconnaissance et par

intérêt, ceux auxquels on donnait la liberté : on en faisait aussi un rempart entre le maître et les autres esclaves ; c'était autant de gens qui veillaient sur eux. On a vu, dans le reste de l'Europe et ailleurs, les mêmes exemples que fournit l'Italie : ce furent les esclaves qui établirent le trône des califes et des sultans : la liberté que leur promit Omar, un des capitaines de Mahomet, en attira un assez grand nombre pour conquérir l'Orient. Le bruit de leurs succès encouragea ceux de l'Europe : ils prirent les armes d'abord en Espagne, ensuite en France : Lothaire, après avoir perdu deux batailles contre ses frères, appela les esclaves, qui, se voyant armés, donnèrent la chasse à leurs maîtres. L'embrasement s'étendit, le feu passa en Allemagne, où il mit en danger le prince et l'état. L'empereur Louis fut obligé d'assembler toutes ses forces pour éteindre la rébellion. Tels sont les inconvéniens de l'esclavage : voyons à quoi ses avantages se réduisaient.

On employait les esclaves aux arts et métiers, dont ils rapportaient le profit à leurs maîtres : cette utilité était-elle bien grande ? Etait-ce le dessein de multiplier les divers genres de richesses qui les avait destinés à cet emploi ? Ce n'était pas servir les arts. Quelle est l'espèce de l'attention et de l'émulation que l'on doit espérer de l'ouvrier qui ne travaille pas pour lui-même, et qui agit forcé ? Si la crainte l'engage à faire bien, c'est beaucoup : jamais il n'occupera son esprit, et ne redoublera ses soins pour chercher le mieux. Les Romains furent obligés d'affran-

chir en quelque sorte leurs laboureurs, et de les intéresser dans la récolte. Cet arrangement n'était aussi qu'un expédient mis en usage par Lycurgue et Numa, pour donner de l'occupation aux esclaves, et empêcher que l'oisiveté, en les réunissant, ne les portât à des complots funestes. L'expérience fit voir dans la suite, que ce remède politique ne guérissait pas le désordre que l'on avait appréhendé. Les esclaves, comme tels, n'étaient d'aucune ressource dans les cas pressants : les faire servir comme soldats, c'était leur donner la liberté de la fuite : on était obligé de les affranchir avant de les enrôler. N'avait-on pas à craindre alors que le sentiment de haine et de vengeance ne fût plus fort en eux, que le désir de servir des maîtres qui les avaient traités avec cruauté, et qui ne les délivraient de leurs fers que pour les exposer au danger?

Les esclaves, il est vrai, plus obéissants, plus soumis par état, remplissaient plus exactement leurs devoirs, que ne le font les serviteurs de condition libre : mais si l'esclavage ne procurait pas le faible avantage d'un service domestique plus assidu, il était trop acheté par la seule peine de tenir des captifs à la chaîne, et de veiller sans cesse, dans la crainte de leur évasion, ou de leurs mauvais desseins.

Aucune utilité ne peut balancer le danger continuel qui menace le repos des familles et de la république, lorsque tout est plein de gens que leur état malheureux et forcé, entretient dans le désespoir. On peut donc décider que les vrais es-

claves ne conviennent pas au corps politique. Nous lisons cependant que les Parthes se servaient de leurs esclaves à la guerre, et que l'armée qui flétrit la gloire de Marc-Antoine, et celle du nom Romain, n'était composée que d'esclaves. Mais nous lisons en même temps que les Parthes traitaient leurs esclaves comme leurs enfants : ce n'est donc pas, comme je l'ai dit plus haut, l'esclavage en lui-même, qui est pernicieux, c'est l'empire abusif que l'on exerce sur les esclaves. Mais comment se pourrait-il que la nature perverse ne porte le général des hommes à pousser à l'excès, les droits d'autorité qui sont dans leurs mains? Si on ne doit pas espérer qu'ils se corrigent, il faut proscrire l'esclavage. On doit cependant excepter les cas d'une nécessité absolue : lorsque, par exemple, la terre demeurerait sans culture, sans le secours des esclaves, comme dans les colonies de l'Amérique ; si néanmoins les sauvages de ces îles avaient pu s'apprivoiser, si, comme mercenaires, ou comme attachés à la glèbe, ils avaient voulu la cultiver, les nouveaux habitants y auraient trouvé de grands avantages. Ce projet était praticable; mais le caractère impétueux de la nation ne s'accommode pas de ce qui demande du temps et de la patience.

Je ne dirai qu'un mot sur l'avantage prétendu que l'établissement des esclaves produirait. On n'a pas calculé que l'achat, la nourriture, le vêtement, le logement, les maladies, la perte, coûteraient aux agriculteurs et aux manufacturiers, le double au moins de ce que leur coûtent

les hommes libres habitués. Les révoltes fréquentes dont j'ai déjà parlé, et plus encore la douceur de la religion chrétienne, firent relâcher de la rigueur de l'esclavage, et bornèrent le pouvoir sur les esclaves, à ceux compatibles avec l'Evangile. Dans la suite, les ministres de l'église n'épargnèrent rien pour procurer la liberté aux esclaves qui se faisaient Chrétiens : moyen bien louable pour attirer les hommes à la vraie religion, en leur faisant du bien. Paulin, évêque de Nole, se distingua : après avoir vendu ses biens, pour racheter des esclaves, il se vendit lui-même aux Vandales : tant il est vrai que le zèle le plus saint, lorsqu'il est trop ardent, porte à des excès que blâme la saine raison.

Les grands changemens ne doivent jamais se faire tout à coup : un trop grand nombre d'affranchissemens, dans un court espace de temps, devint l'occasion de quelques déréglemens. Sous Constantin-le-Grand, les villes se trouvèrent surchargées d'une quantité prodigieuse d'affranchis, sans pain et sans métier. Cet empereur fit des ordonnances pour aider les pauvres mendiants : delà prirent naissance les hôpitaux, monumens dignes de l'humanité, et dont l'honneur est dû à la religion chrétienne. Mais les réglements ne furent pas suffisants pour remédier aux inconvéniens de l'exès : les enfants furent abandonnés par ceux qui pouvaient à peine se nourrir eux-mêmes : les bois furent remplis d'assassins. Gratien ordonna que l'enfant exposé serait esclave de celui qui l'aurait nourri et élevé ; et l'empe-

reur Valens permit à chacun de se saisir des vagabonds, et d'en faire des esclaves : il fit des défenses d'habiter les bois comme hermite ; et fit périr la plupart de ces gens, que le seul appât de la liberté avait faits chrétiens, et qui oubliaient aussitôt dans les forêts, qu'ils l'étaient devenus : peu à peu l'ordre se rétablit.

L'esclavage continua toujours à perdre, à proportion de l'accroissement du christianisme : par tout où il s'établit, on affranchissait les esclaves à l'envi. Charlemagne, en un jour, affranchit tous les Saxons, à cause qu'ils s'étaient fait baptiser ; de sorte que vers l'an 1250 il ne se trouva plus de vrais esclaves dans toute la chrétienté. On doit en excepter quelques cantons de l'Allemagne, et surtout la Pologne, où les sujets-censiers, qu'ils appellent *Kmetos*, sont soumis au point que les seigneurs peuvent tuer les leurs impunément, et ceux des autres pour une somme modique. On a encore conservé partout l'esclavage, comme peine du crime qui ne mérite pas la mort.

Dans le temps de cette pieuse manie, la France se distingua entre les autres nations : elle rejeta l'esclavage de la glèbe, que d'autres peuples ont sagement retenu. Il faut ne pas connaître sa nature pour se récrier à ce propos : qu'il suit de cet asservissement, qu'une poignée de gens regorge de superfluités, tandis que la multitude affamée manque du nécessaire. Dans les lieux, où l'esclavage de la glèbe n'est plus, cette inégalité sur laquelle on s'attendrit, est plus extrême que ja-

mais. Les esclaves étaient des cultivateurs ordinaires qui partageaient les fruits. Libres dans le détail de leurs actions, ils acquéraient : et plusieurs rachetaient ce qui manquait à leur liberté, avec les biens qu'ils gagnaient dans cette demi-servitude. Pourquoi penserait-on que la nature humaine était avilie dans la plupart de ses individus? On se fera une idée plus juste de cette condition, si on se figure des colons perpétuels, auxquels on ôte une ambition inquiète, pour leur permettre l'aisance et le bonheur. *Felices sua si bona norint Agricolæ.* L'esclavage de la glèbe était aussi étendu que l'empire romain, lorsque Virgile s'exprimait ainsi : *Vous ne pourriez distinguer le maître de l'esclave, par la douceur de la vie* (1).

Les façons de penser sont des modes chez les hommes, comme les ajustemens : lorsqu'une opinion saisit les esprits, elle en devient l'idole : on lui sacrifie toute autre considération. Il est des pays, où on ne peut souffrir l'ombre même de l'esclavage. La France ordonna que tout homme qui mettrait le pied sur ses terres, fût libre dès ce moment, sans faire attention qu'il est contre le droit des gens, d'enlever à l'étranger passant et maître de l'esclave, un bien qui lui appartient. On ne saurait cependant nier les avantages de l'esclavage; si en retranchant ce qu'il y avait d'exhorbitant dans le pouvoir, on eût conservé

(1) Tacit., *de Mor. Germ.*

ce qu'il en fallait pour empêcher la liberté de dégénérer en licence.

L'homme libre ne peut s'obliger, sous une peine de servir un maître pendant un certain nombre d'années convenu, soit pour l'agriculture, soit pour l'intérieur de la maison : on a réprouvé dans certains pays ces sortes d'engagemens; leur usage cependant serait merveilleux. Il est reçu en Angleterre et en Ecosse, que l'on nomme par excellence, pays de liberté. L'esclavage était une extrémité : on en est sorti pour tomber dans une autre. C'est la faute la plus commune des hommes, parce qu'ils agissent par sentiment plutôt que par réflexion. On n'a pas même aperçu que l'on refusait, pour le laboureur, pour le domestique, ce que l'on approuve pour le soldat.

L'autorité du maître sur le simple domestique a quelque chose de plus étendu que celle du locateur sur le mercenaire à la journée. Le premier doit plus d'attachement et d'obéissance, en ce qu'il fait partie de la famille : on a le droit de le corriger avec modération et discernement. Une douceur de mœurs mal entendue, a détruit, dans la pratique, ces règles domestiques : cette classe d'hommes est sans sentimens et sans éducation, bien plus éloignée de la classe des hommes éclairés, que plusieurs espèces de bêtes ne le sont; la correction verbale est pour eux comme le bruit qui frappe l'air, et qui se perd sans y laisser d'impression. Etrange effet de la fausse opinion! Nombre de personnes croiraient s'avilir, s'ils

usaient d'une correction plus sensible : que dis-je ? on qualifie les domestiques du moindre rang, du terme d'honneur consacré pour les maîtres. Ces ridiculités leur donnent de l'audace, et lorsqu'une ame basse s'énorgueillit, elle passe d'abord à l'insolence. La subordination négligée ne peut avoir de légères conséquences : les exemples en sont familiers ; et dès-lors qu'on a besoin d'employer l'autorité publique, pour arrêter les désordres, quels qu'ils soient, il vaudrait mieux en avoir prévenu la cause.

L'attachement du laboureur à la glèbe, l'engagement du domestique envers son maître, pour un certain nombre d'années, sous une peine, rétablirait le bon ordre, et le domestique y trouverait une ressource assurée qui peut lui manquer dans les maladies.

Quiconque voudra réfléchir, conviendra qu'une république bien gouvernée devrait du moins tolérer cet usage : l'expérience apprendrait s'il serait bon d'en faire une loi. Elle ferait revivre l'obéissance, et donnerait au maître une autorité convenable, quoique bien éloignée de celle que le droit des gens donnait sur les esclaves. Ce serait une servitude réelle, et point personnelle ; elle n'aurait rien d'atroce, elle serait conforme à la raison, parce qu'elle serait fondée sur le choix libre qu'un homme, pour son utilité, se fait d'un maître (1).]

(1) Esprit des Lois, lib. XV, chap. VI.



CHAPITRE XVI.

De la manière d'interpréter les Conventions et les Lois.

§. I. Après avoir expliqué le détail des lois de la société, il faudrait passer aux matières du Gouvernement. Mais avant que d'en venir là, il est nécessaire après avoir traité des conventions en général et de leurs différentes espèces, d'indiquer ici quelles sont les règles que l'on doit suivre pour interpréter les conventions, lorsqu'elles ont quelque chose d'obscur ou d'équivoque. Et ce que nous dirons sur cette matière se rapportera aussi à l'interprétation des lois.

Cette matière est par elle-même très importante. Les lois n'obligent à rien au-delà de ce que le supérieur veut et entend; et de même dans tout engagement volontaire, l'on n'est tenu qu'à ce à quoi on a prétendu s'engager. Ainsi, pour bien entendre et les lois et les conventions, et pour s'acquitter exactement des devoirs qui en résultent, il est nécessaire de connaître les règles d'une bonne interprétation, dans les cas où elles peuvent avoir quelque chose d'obscur ou de douteux.

§. II. Quand on veut donc expliquer quelque loi, quelque convention, ou quelque autre acte, on cherche à connaître quelle a été l'intention de l'auteur; et comme l'on ne peut connaître cette

intention qu'au moyen des signes dont il s'est servi pour la manifester, ou des circonstances dans lesquelles il se trouvait, il s'ensuit que toute interprétation est fondée sur des conjectures ; puisque l'on ne peut juger de l'intention de l'auteur que par les signes ou les indices les plus vraisemblables, ou par les circonstances qui accompagnent la déclaration de sa volonté.

§. III. Il ne faut pas croire pour cela que les règles de l'interprétation n'aient rien de certain. Les conjectures sur lesquelles elles sont établies, ont leur fondement dans la nature même des choses, et elles sont quelquefois poussées à un tel degré d'évidence qu'elles forment une démonstration morale. C'est ce que l'on va reconnaître par le détail des règles mêmes.

Les conjectures qui nous fournissent les règles d'une bonne interprétation, se déduisent de plusieurs sources. Les principales sont 1°. La nature même de l'affaire dont il s'agit. *Substratâ materiâ.* 2°. Le sens ordinaire des termes, et tel qu'ils l'ont dans l'usage commun et populaire. 3°. La liaison qu'ont des termes obscurs avec d'autres paroles de la même personne qui sont assez claires. 4°. Les effets ou les suites qui résultent d'un certain sens, d'une certaine interprétation. 5°. On tire aussi quelquefois des conjectures de l'état et de la qualité des personnes et des relations qui sont entre elles. 6°. Enfin, la raison de la loi, ou de la convention, c'est-à-dire, les vues et les motifs du législateur ou des contractants, est encore ici d'un grand usage.

Développons plus particulièrement ces principes.

§. IV. Première règle. C'est donc une première règle, et une maxime commune des jurisconsultes, que les termes qui ont quelque chose d'obscur, doivent toujours être expliqués, conformément à la nature du sujet dont il s'agit. *Quoties idem sermo duas sententias recipit, ea potissimum excipiatur, quæ rei gerendæ aptior est* (1). La raison de cette règle est, que l'on doit présumer que celui qui parle, a toujours eu devant les yeux l'affaire dont il est question, et qu'ainsi tout ce qu'il dit s'y rapporte. Ainsi, quand deux généraux d'armée conviennent d'une trève pour quinze jours, la nature même de la trève fait assez voir qu'ils entendent par le mot de *jour*, l'espace de vingt-quatre heures, qui renferme le temps de la nuit, aussi bien que celui pendant lequel le soleil nous éclaire. Ce serait donc une chicane grossière, si l'un des deux ennemis prétendait, nonobstant la convention, surprendre l'autre, et exercer contre lui de nuit des actes d'hostilité. On peut encore appliquer la même règle au vœu de Jephté, et d'Agamemnon. Car quiconque parle de faire un sacrifice, est censé supposer tacitement une chose qui soit de nature à pouvoir être sacrifiée (2).

Autre exemple. Le mot d'*armes* peut signifier

---

(1) R. J. 67.

(2) *Voyez Livre des Juges*, chap. XI, vers. 31 et suiv., et *Cicer.*, *de Offic.*, lib. III, cap. XXV.

ou les instrumens dont on se sert à la guerre, ou les soldats mêmes qui en sont pourvus. Et il faut le prendre dans l'une ou dans l'autre signification, selon que le sujet dont il s'agit, le demande. Si l'on convient que l'on ne prendra point les armes, contre quelqu'un, on entend par là lever des soldats. Mais s'il est dit dans une capitulation, que la garnison livrera ses armes, ou qu'elle les laissera dans la place, cela s'entend des instrumens dont on se sert à la guerre.

§. V. Seconde règle. Tant qu'il n'y a point, d'ailleurs, de conjectures suffisantes, qui obligent de donner aux termes un sens particulier, on doit les prendre dans celui qui leur est propre, suivant l'usage commun et populaire. En effet, comme toute personne qui est dans l'intention, ou dans l'obligation de faire connaître ses pensées, doit employer les termes dans le sens qu'ils ont communément, on doit parconséquent, pour expliquer une loi ou une convention, supposer que le législateur ou les contractants ne se sont point écartés de l'usage reçu. C'était donc une vraie supercherie que celle des Locriens, qui, ayant juré aux Siciliens, qu'ils vivraient en paix avec eux aussi long temps qu'ils fouleraient aux pieds la terre sur laquelle ils étaient, et qu'ils porteraient des têtes d'ail sur les épaules, ne laissèrent pas de les chasser du pays, à la première occasion; se croyant quittes de leur serment, sous prétexte qu'en jurant, ils avaient des têtes d'ail sur leurs épaules, et de la terre dans leurs souliers, qu'ils

jetèrent bientôt après (1). Il faut porter le même jugement de ce que fit Q. Fabius Labes, qui après avoir vaincu le roi Antiochus, et stipulé de lui qu'il donnerait la moitié de ses vaisseaux, les fit tous scier par le milieu, et de cette manière, le dépouilla de toute sa flotte (2). Les Platéens ayant promis aux Thébains de leur rendre leurs prisonniers, les leur renvoyèrent morts. C'étaient une supercherie, directement contraire au sens naturel et commun des termes du traité.

§. VI. Troisième règle. Pour les termes de l'art, il faut les expliquer selon la définition qu'en donnent les maîtres ou ceux qui entendent l'art ou la science dont il s'agit, à moins que celui qui parle n'entende ni l'art ni les termes : car alors il faut juger par la suite du discours, ou par d'autres circonstances, du sens qu'il peut avoir eu dans l'esprit.

Ainsi les noms des pays, dont il peut être fait mention dans un traité, doivent être entendus selon l'usage des personnes intelligentes, plutôt que selon celui du vulgaire; car ces sortes de négociations se font ordinairement par des gens habiles.

§. VII. Quatrième règle. Les expressions obscures doivent êtres expliquées par les endroits du même acte où le sens est clair et net. Il faut bien considérer la liaison du discours, et n'ad-

(1) Polybe, liv. XII, chap. IV.
(2) Valère Maxime, liv. VII, chap. III, n°. 4.

mettre aucun sens qui ne soit conforme à ce qui suit ; ou à ce qui précède. Par conséquent, quand une personne s'est expliquée une fois clairement, il faut expliquer par là ce qu'elle peut avoir dit d'obscur dans un autre endroit, en parlant de la même chose, à moins qu'il ne paraisse manifestement qu'elle a changé de volonté. Cette règle est fondée sur ce principe, que, dans le doute, on doit toujours présumer qu'une personne est d'accord avec elle-même. C'est donc une maxime judicieuse du Droit romain, que chaque partie d'une loi doit être interprétée par la teneur de la loi toute entière ; comme encore que les lois s'expliquent les unes par les autres. *Incivile est, nisi totâ lege perspectâ, unâ aliquâ ejus particulâ propositâ, judicare vel respondere*(1).

§. VIII. Cinquième règle. Les effets, ou les suites qui résultent d'un certain sens, servent aussi souvent à découvrir le véritable. C'est donc une cinquième règle, que lorsque les termes, pris absolument et à la lettre rendraient un acte nul, et sans effet, ou mèneraient à quelque chose d'absurde ou d'injuste, il faut alors s'écarter de la signification propre et ordinaire, autant qu'il est nécessaire, pour éviter de tels inconvéniens. C'est aussi la maxime du Droit romain à l'égard des lois. *In ambiguâ voce legis, ea potiùs accipienda est significatio, quæ vitio*

(1) Leg. XXIV, Digest., *de Legib.*, lib. I, tit. III. Leg. XXVI, XXVIII, Digest., *eod.* Leg. CXXXIV, §. 1, *de V. O.*, lib. XLV, tit. I.

caret; præsertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit (1).

Et certainement on ne saurait prétendre avec raison, que le législateur ou les contractants, aient voulu qu'un acte se détruisît lui-même, ou qu'il renfermât des choses absurdes ou injustes. Voici quelques exemples. Un jeune homme s'étant adressé à un rhéteur pour apprendre les règles de l'art oratoire, convint avec lui qu'il lui paierait une certaine somme pour récompense, supposé qu'il gagnât la première cause qu'il plaiderait. Sorti de chez son maître, et ne voulant point le satisfaire, le maître l'appelle en justice. Le jeune homme prétendit se tirer d'affaire par ce raisonnement : si je gagne mon procès, disait-il, la sentence du juge me dispense de vous payer; Que si je le perds, je ne vous donnerai rien, aux termes de notre convention ; car c'est ici la première cause que je plaide. Mais l'on voit bien que la manière dont l'écolier interprêtait la convention, était manifestement absurde, puisqu'elle tendait à rendre nulle cette convention, et à en éluder l'effet.

On peut encore rapporter ici le cas d'un chirurgien de Pologne, qui fut accusé en justice pour avoir saigné une personne dans la rue, parce qu'il y avait une loi qui défendait sous de rigoureuses peines de répandre le sang de qui que ce fût dans les rues. Car il y aurait eu une

(1) Leg. XIX, Digest., *de Legib.*, lib. I, tit. III.

absurdité manifeste à renfermer dans ces mots, *répandre le sang*, l'opération salutaire du chirurgien.

Cicéron a bien exprimé la règle dont nous parlons. « Toutes les lois, dit-il, doivent être » rapportées à l'avantage de l'état; et par conséquent il faut les expliquer par les vues de l'utilité publique, plutôt que par le sens propre et » littéral des termes..... Le but des législateurs » n'était pas d'établir des choses préjudiciables » à l'Etat; et quand ils auraient voulu le faire, » ils savaient bien qu'on rejetterait de telles lois, » aussitôt qu'on en aurait aperçu les inconvé- » niens. En effet, si l'on souhaite de maintenir » les lois, ce n'est pas à cause d'elles-mêmes, » mais pour le bien de la République, que l'on » croit ne pouvoir être mieux gouvernée que » par de bonnes lois (1). »

§. IX. L'état et la qualité des personnes, les relations qui sont entre elles, peuvent quelquefois fournir des conjectures, pour expliquer quelque chose d'obscur ou d'indécis.

SIXIÈME RÈGLE. Il faut donc toujours expliquer ce qu'il y a d'obscur relativement à l'état et à la condition des personnes, et aux relations qui sont entre elles. La raison en est, que chacun est toujours censé parler conformément à son état, et aux circonstances dans lesquelles il se trouve. Ainsi, si quelqu'un promet une dot à

---

(1) *De Inventione*, Lib. I, cap. XXXVIII.

une fille, sans spécifier la somme, cette somme doit être déterminée conformément à la qualité de la fille, aux biens du promettant, et aux sentimens qu'il avait pour elle. Si quelqu'un institue Titius pour son héritier, et qu'il y ait deux ou trois personnes du même nom, l'héritage doit appartenir à celui avec qui le défunt avait les liaisons les plus particulières.

§. X. Septième Règle. Enfin une autre chose qui est d'un grand usage en matière d'interprétation, c'est ce que l'on appelle *la raison de la loi* ou *de la convention*. On entend par-là les motifs et les vues qui ont porté le législateur à faire une certaine loi, ou les contractants à faire le contrat. Les conjectures que l'on tire de-là sont d'une très-grande force pourvu que l'on connaisse certainement les motifs qui ont déterminé les législateurs et les contractants, et les vues qu'ils se sont proposées. C'est donc une maxime constante, et qui fait ici une septième règle; qu'il faut expliquer une loi ou une convention, conformément à son but, et que toute interprétation contraire à ce but doit être rejetée.

La raison de ce principe se fait sentir d'elle-même. Ce qui détermine le vrai sens d'une loi, ou d'une convention, c'est l'intention du législateur et des contractants, et cette intention consiste dans les vues et le but qu'ils se sont proposés. Si la raison de la loi ou de la convention y est exprimée, alors il n'y a nulle difficulté. Si au contraire elle ne l'est pas, il faut pour la connaître recourir à quelqu'une des conjectures

dont nous avons parlé ci-devant, comme à la nature même de la chose, ou à l'occasion et aux circonstances particulières dans lesquelles la loi ou la convention a été faite.

Cette règle qui ordonne d'expliquer les lois ou les conventions conformément à leur but, est d'un usage universel; mais elle sert principalement à nous faire connaître les occasions où l'on doit étendre une loi ou une convention à des cas non exprimés, ou au contraire les restreindre à certains cas, quoique les termes en soient généraux.

§. XI. Huitième Règle. Il faut étendre la disposition d'une loi à des cas qui n'y sont pas exprimés dans les termes, toutes les fois que la même raison, qui a efficacement porté le législateur à faire cette loi, convient au cas dont il s'agit. Par exemple. Si une loi décerne une certaine peine contre celui qui a tué son père, il est de la dernière évidence que le législateur a voulu que cela s'entendît également de celui qui aurait tué sa mère, quoiqu'il ne s'en soit pas expliqué formellement. Si la loi défend de transporter des laines hors du pays, cela doit s'entendre aussi du transport des brebis. Si dans la crainte d'une disette, on défend la sortie des blés, cela doit aussi s'appliquer aux farines, etc.

On comprend aisément la justice de cette règle. On doit toujours présumer que le législateur est d'accord avec lui-même; et par conséquent, lorsque la même fin qu'il s'est proposée, en faisant une loi, convient parfaitement à un certain

auraient été taillées en pièces, si elles fussent restées dehors, l'ennemi étant campé près des murailles. Il est clair qu'en ce cas-là, bien loin de violer la loi, on aurait agi contre l'esprit et l'intention du législateur, si l'on eût suivi la rigueur des termes.

Dans le traité de paix qui mit fin à la seconde guerre Punique, il y avait cette clause, que les Carthaginois ne feraient point la guerre ni au-dedans ni au-dehors de l'Afrique, sans la permission du peuple Romain. On demande si l'on doit entendre ces mots, *faire la guerre*, tant d'une guerre défensive, que d'une guerre offensive? Le but de ce traité, qui était de tenir les Carthaginois en bride, et d'empêcher qu'ils ne pussent s'agrandir par des conquêtes, fait voir qu'il fallait le restreindre aux guerres offensives, autrement il aurait renfermé une injustice manifeste.

§. XIII. Ajoutons encore ici quelques éclaircissemens sur la restriction des lois, et qui doivent servir de modification aux principes que nous venons d'établir.

1°. Quand même la raison de la loi cesse en certains cas extraordinaires, on ne doit pas pour cela restreindre la généralité de sa disposition, lorsque d'ailleurs il y a lieu de croire que le législateur n'a voulu avoir aucun égard à ces cas particuliers, soit parce qu'ils sont rares, soit pour éviter l'embarras d'une discussion difficile. Ainsi le testament d'un enfant, fait avant l'âge de puberté, ne laisse pas d'être nul, quoiqu'il se trouve

que cet enfant a assez de jugement pour tester avec délibération et avec sagesse ; et que ce soit à cause du défaut de cette disposition que la loi déclare nuls les testaments d'un jeune homme de cet âge.

2°. A plus forte raison ne doit-on point donner de restriction à la loi, sous prétexte qu'il y aurait quelque dureté à l'appliquer à un certain cas, si le législateur a formellement déclaré qu'il voulait qu'on l'observât exactement dans toute son étendue et à la lettre. Il faut dire alors avec les jurisconsultes romains : *quod quidem perquàm durum est, sed lex ita scripta est.*

§. XIV. Au reste, les principes que nous venons d'établir sur l'interprétation étendue ou resserrée des lois, se rapportent à la maxime commune, *qu'il faut interpréter les lois suivant l'équité. L'équité* n'est autre chose que l'égalité. Or, l'égalité veut que l'on juge semblablement d'un cas semblable à celui dont parle la loi, si la raison de la loi y trouve une juste application ; et alors il faut étendre la loi. Ce serait au contraire blesser cette même égalité, que de juger d'un cas particulier par les termes généraux d'une loi, lorsque la raison de la loi ne le permet pas ; il faut donc alors restreindre la généralité des termes.

Cela étant, on peut définir l'équité, une juste interprétation, fondée sur la raison de la loi, et par laquelle on redresse ce qui s'y trouve de défectueux, à cause qu'elle est conçue dans des termes trop généraux ou trop particuliers.

[270. La justice est en elle-même inflexible et invariable ; elle ne reconnait qu'une route ; elle pèse et mesure tout avec l'exactitude la plus scrupuleuse. Ainsi l'on penserait mal si l'on croyait que l'égalité fût différente de la justice ; et que *juger suivant l'équité*, fût autre chose que *juger suivant la justice*. L'on sent assez par là l'importance de cette maxime qu'il est à propos de développer avec une plus grande étendue.

L'embarras des lois que les hommes ont faites, le défaut souvent inévitable de leurs expressions qui présentent plus d'un sens ; l'impossibilité de tout prévoir ; la même loi juste dans un cas, injuste dans un autre, suites nécessaires des bornes étroites de l'esprit humain, ont obligé de recourir à l'équité, pour ne pas convenir que très-souvent la justice ne se trouvait pas dans les lois. Dans le fonds, son ministère n'est autre chose que de chercher la justice dans le chaos des lois, avec le flambeau de la raison.

Les anciens avaient imaginé deux règles, celle de Polictète et la Lesbienne. La règle de Polictète était si ferme, qu'aucun effort ne pouvait la faire plier ; c'était sur elle qu'on réglait celle des ouvriers : si on la compare à la justice, c'est avec raison ; mais si on l'applique à la loi, c'est une erreur. La loi ne peut renfermer toute la justice ; encore moins la peut-elle exprimer. Si on ne peut pas interpréter les termes de la loi ; si elle décide indifféremment toutes les hypothèses, elle cessera souvent d'être la justice. Et si on a séparé l'équité de celle-ci, c'est parce qu'on

a confondu la justice avec les lois. La loi doit plier sous la justice, et la justice doit déterminer la loi : c'est ce qu'opère l'équité ; elle fait prévaloir le juste où la loi ne l'est pas. Si l'on cherche une règle pour l'application que le juge doit faire des lois, ce ne doit point être celle de Polictète ; son inflexibilité conduirait trop souvent à l'injustice.

La règle Lesbienne, au contraire, était de plomb : elle se prêtait à la volonté. On n'ajustait pas l'ouvrage à la règle, mais la règle à l'ouvrage; c'est le contraire de l'équité; la règle ne méritera plus le nom de règle, si elle demeure une ligne courbe ; de même la loi cesse d'en être une, si on lui fait prendre toutes sortes de formes, et si celui qui doit lui obéir en est le maître; mais comme le magistrat se trouve sans cesse vis-à-vis des lois faites hors des circonstances du cas présent, il lui faut une troisième règle qui, sans être aussi flexible, ne soit pas dure au point de ne pouvoir se prêter.

La rudesse de l'état de nature dans lequel chacun ne vivait que pour soi, privait les hommes des commodités que fournit la société civile. Celle-ci rend la loi naturelle flexible en la polissant, sans néanmoins la rompre ni la faire gauchir; mais si la société, par une volonté arbitraire, foule aux pieds la loi naturelle, elle devient un autre extrême. La raison doit donc se conduire par des milieux. Les usages ne sont pas partout les mêmes à cet égard : en Angleterre surtout et en Italie, le juge est plus soumis qu'ail-

leurs à la lettre de la loi. Lorsque François Ier. eut ajouté la Savoie à la France, les nouveaux magistrats qu'il y établit, s'écartèrent des termes des coutumes et du droit écrit. Les sujets supplièrent le roi de faire des défenses aux juges *de juger selon l'équité.* Si l'expression dont ils se servaient était mauvaise, le sens de leur demande pouvait être bon.

On doit convenir que le nom d'équité peut servir aisément de prétexte à l'arbitraire : la facilité de passer de l'un à l'autre, est la seule raison que l'on puisse alléguer dans les lieux, où l'on assujettit le juge au texte précis de la loi. L'arbitraire est aussi dangereux dans son espèce chez les juges que chez les rois, mais il n'est pas l'équité. Un troisième règle, qui tient le milieu entre les deux autres, paraît difficile à fixer; il n'est pas cependant impossible d'en donner quelques principes à peu près certains.

Il ne doit être permis au juge, dans aucun cas, de donner un jugement qui contrarie les termes de la loi. Le corps des lois renferme un système d'équité général et suivi. Chaque matière a des principes fondamentaux qui, comme des rayons d'une circonférence, aboutissent au même centre : c'est dans ce système, dans ces principes, et jamais dans son imagination, que le juge doit puiser les raisons qui le déterminent. C'est à ce centre qu'il doit ramener la lettre de la loi. La loi n'est pas dans les paroles, elle est dans leur sens. Par son esprit on explique ses termes; et si la loi même ne porte pas à le dé-

couvrir, on le cherche dans les décisions des autres lois, et dans les premiers principes de la législation. Il est difficile, en les consultant, de ne pas connaître si la loi dit précisément ce qu'elle paraît dire, et si elle doit être appliquée à la question qui se présente. Si les lois civiles ne conduisent pas aux connaissances que le juge recherche, il doit rapprocher la loi du droit public et naturel, et les comparer ensemble. Les lois des hommes ne sont faites que pour mettre le Droit naturel à l'abri des entreprises des prévaricateurs. C'est le propre de l'équité d'adapter les termes des lois civiles aux lois naturelles. Celles-ci sont immuables; les autres sont arbitraires. Il convient mieux de se rapprocher de la justice, que de s'en éloigner pour s'attacher à une justice d'opinion.

Si malgré ces attentions, le juge désespère de rendre un jugement équitable sans contrarier le texte de la loi, ou l'esprit qu'il y peut entrevoir, il doit, ou soumettre ses lumières au sens de la loi, ou consulter la puissance législative. Celle-ci peut exercer l'équité d'une manière supérieure au magistrat ; elle peut ou corriger un article de la loi, ou l'abroger en entier, lorsqu'elle n'est pas équitable. Le pouvoir du magistrat est borné à interpréter par le sens, à suppléer ce qui n'a pas été prévu, à décider ce que le législateur dirait lui-même, conduit par le même esprit qui l'animait, lorsqu'il a fait la loi. Toutes ces choses se font mieux sentir, qu'elles ne peuvent s'exprimer.

L'équité permise dans les jugemens ne s'étend pas aussi loin que dans les arbitrages. Ici les parties renoncent, pour ainsi dire, aux lois écrites, pour s'en rapporter à l'équité naturelle, qu'ils supposent dans l'esprit et dans le cœur de ceux qu'ils prennent pour arbitres. Il leur est permis de ne se point arrêter à une loi vicieuse, et de faire attention à diverses circonstances que le législateur n'a pu ni dû prévoir. Ils n'ont d'autre règle que la justice; elle est assez sûre s'ils savent la connaître et la suivre. Tous les différends des hommes devraient être mis en arbitrage, si ceux que l'on choisirait pour arbitres avaient assez de lumières et de droiture pour être eux-mêmes bons législateurs. Peu de personnes doivent accepter un pouvoir aussi étendu.

Le magistrat est soumis aux termes de la loi, lorsqu'elle permet ou défend avec clarté dans des circonstances précises. Il ne peut alors se servir du prétexte de l'équité pour ne se point conformer à la lettre de la loi. L'arbitre, selon l'usage de plusieurs nations, y est aussi plus ou moins assujetti. Il devrait s'y assujettir lui-même, quand cette condition ne serait pas sous-entendue dans le pouvoir qui lui est donné. On fait des lois pour des cas généraux, pour les choses qui arrivent le plus ordinairement. Si la diversité des circonstances est infinie, si elles ne peuvent se nombrer, et encore moins être toutes couchées par écrit, il faut souvent que la loi soit muette: l'équité parle pour elle, c'est la partie du droit qui n'est point écrite. Si le plus léger change-

ment dans la thèse, peut du juste en faire l'injuste, l'équité inséparable de la justice, sera son interprète. La justice n'est jamais rigoureuse; on confond les idées lorsqu'on le pense. C'est, encore une fois, la rigueur de la loi que l'on prend pour elle; on la blesse lorsqu'on s'attache au rigide de l'expression. L'équité ramène à la justice, et corrige le vice et le défectueux de la loi.

L'opinion du jugement d'équité prédomine dans le monde; mais plusieurs juges, par une erreur impardonnable l'embrassent, en la regardant comme une dispense d'étude. Si on fait attention à ce que je viens de dire à ce sujet, on sera convaincu qu'il faut encore plus de savoir et de réflexion pour juger par équité, que pour s'asservir à la loi. Il suffit de la savoir, pour suivre cette dernière méthode : dans la première il faut connaître l'esprit de la loi, les circonstances dans lesquelles elle a été donnée, sa liaison avec les autres parties du Droit civil, public et naturel. Il faut avoir approfondi les lois pour juger s'il en faut suivre la lettre ou l'interprétation.

Si l'équité n'est autre chose que l'esprit des lois, éclairé par la justice et une interprétation de la loi civile en faveur de la société générale; si elle n'est pas la volonté arbitraire du magistrat; si sa source est dans le système des lois civiles, ou plutôt dans les lois naturelles, il est surprenant qu'il se trouve des nations qui la rejettent. C'est un ancien préjugé, une vieille habitude dans laquelle on persévère sans y réfléchir. Les Romains

corps plus d'éducation, des voies plus étendues; et il est naturel de penser que plusieurs suffrages réunis interprèteront mieux les termes de la loi. Les coutumes et les statuts ne doivent pas être exceptés de l'interprétation. La maxime, *verbis statuti tenaciter inhærendum*, n'a rien qui soit contraire à cette proposition. Les termes peuvent être ambigus, le juge en fixe le sens: l'article du statut peut être bon dans une circonstance, et dans d'autres il serait une absurdité. Le juge le détermine. Le magistrat n'est pas obligé de consulter le souverain sur les coutumes, parce que ce n'est pas lui qui en est l'auteur. On ne prétend pas dire cependant que le prince ne soit pas le maître d'abroger les points de la coutume qu'il jugerait préjudiciables. Ce pouvoir ne lui peut être disputé.

Enfin, comme toute équité doit être fondée sur la loi naturelle, qui est aussi la base de la loi civile, toute loi doit avoir pour principe l'équité: le rapport de l'un à l'autre, leur connexité sont nécessaires. Une décision contraire au Droit civil fondé sur le Droit naturel, ne peut être équité; une loi sans équité, ne peut être une bonne loi; l'équité dans les jugemens doit être comparée à la bonne foi dans les contrats. C'est par celle-ci que les parties contractantes expliquent le véritable sens des paroles de l'acte, qu'elles développent leur ambiguité, et qu'elles suppléent à ce qui n'est pas assez positivement expliqué.]

cher de convenir sur les principaux points de leurs différends. Ce moyen n'a guère lieu qu'après avoir eu recours à la force, c'est à-dire, lorsqu'on s'est bien battu, et que les esprits ont été adoucis par les calamités de la guerre. Tels sont les traités et les accommodemens qui se font ordinairement après les guerres. Il serait cependant plus raisonnable de tenter cette voie avant les voies de fait.

§. III. La *transaction* est une convention entre deux ou plusieurs personnes, qui, pour prévenir ou terminer une querelle, règlent leur différend de gré à gré, de la manière dont ils conviennent; et que chacun d'eux préfère à l'espérance de gagner, jointe au péril de perdre. Les transactions préviennent ou terminent les querelles en plusieurs manières, selon la nature des différends et des diverses conventions qui y mettent fin. Ainsi, celui qui avait quelque prétention, ou s'en désiste par une transaction, ou en obtient une partie, ou même le tout. De même celui à qui on demande une somme d'argent, ou paie, ou s'oblige, ou est déchargé en tout ou en partie. Ainsi, celui qui contestait une garantie, une servitude, ou quelque autre droit, ou s'y assujettit, ou s'en affranchit. Et on transige enfin aux conditions dont on veut convenir, selon les règles générales des conventions. Et ces transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, par l'intention des parties, soit qu'elle se trouve expliquée par une expression générale, ou particulière; ou qu'elle soit connue par une suite nécessaire de

ce qui est exprimé ; et elles ne s'étendent pas aux différends auxquels on n'a point pensé.

Les transactions où l'un des contractants a été engagé par le dol de l'autre, n'ont aucun effet. Ainsi celui qui, par une transaction, abandonne un droit qu'il n'a pu soutenir, faute d'un titre retenu par sa partie, rentrerait dans son droit, si cette vérité venait à paraître. Si celui qui avait un droit acquis par un testament qu'il ignorait, déroge à ce droit par une transaction avec l'héritier, cette transaction sera aussi sans effet, lorsque le testament viendra à paraître, quand même il aurait été connu à l'héritier. En général, le dol et l'erreur annullent toute transaction.

§. IV. La *médiation* a lieu, lorsque deux personnes, ou deux Etats se font la guerre, pour soutenir leurs prétentions réciproques, et que une autre personne ou Etat neutre, offre ses bons offices pour ajuster les différends des parties qui menacent de recourir à la force, ou qui y ont eu déjà recours. Le rôle de médiateur est, de tous les rôles le plus beau, aux yeux de l'homme humain et sage ; il est préférable à l'éclat odieux que donnent des victoires qui, toujours sanguinaires, sont des malheurs pour ceux mêmes qui les remportent, et qui les achètent au prix du sang et du repos public.

Cette médiation semble avoir pour principe un motif si louable, qu'il faudrait être bien sauvage pour rebuter fièrement ceux qui nous l'offrent, quand même on verrait qu'ils ont quelque

relation particulière avec l'ennemi. Car outre qu'il dépend de chacun d'accepter ou non les propositions; ce sont ordinairement des amis qui en usent ainsi, pour ne pas être réduits à épouser la querelle de l'une ou de l'autre des parties. En effet, on a souvent grand intérêt, que la guerre ne s'allume ou ne dure pas longtemps entre deux puissances, soit parce qu'il en volerait quelques étincelles dans notre pays, soit à cause qu'il est dangereux pour nous que ces deux puissances, ou l'une des deux seulement, soient ruinées ou affaiblies. En ce cas-là, notre propre conservation demande que nous travaillions sérieusement à étouffer de bonne heure le feu qui s'est pris chez nos voisins. Et quand même on n'y aurait point d'intérêt particulier, le bien de la paix en général, veut que chacun fasse tout ce qui lui est possible pour mettre d'accord ceux qui ont ensemble quelque querelle.

Il faut que la médiation soit acceptée par les parties intéressées; il faut encore que le médiateur ne soit point lui-même engagé dans la guerre que l'on veut terminer, qu'il ne favorise point une des puissances aux dépens de l'autre. En un mot, dans ses fonctions de législateur, il doit se montrer équitable, impartial et ami de la paix.

La médiation peut s'exercer par plusieurs personnes, ou puissances à la fois; bien entendu néanmoins qu'aucune d'elles ne se trouve déjà engagée par quelque traité particulier à secourir l'une des parties au cas que l'on en vienne aux mains; car une promesse ne saurait être ni an-

nullée, ni restreinte par une convention postérieure avec un tiers. Rien n'empêche non plus qu'après avoir bien examiné les prétentions respectives de part et d'autre, on ne dresse ensemble des articles de paix, selon ce qui paraît le plus juste et le plus raisonnable, pour les proposer aux parties qui sont en guerre, leur déclarant en même temps que, si l'une d'elles refuse de faire la paix à ces conditions, on prendra le parti de l'autre, qui les aura acceptées. Par là on ne se rend nullement arbitre des deux parties malgré elles, et l'on ne s'attribue pas le droit de décider leur différend avec autorité ; ce qui serait contraire à l'indépendance de l'état de nature. On ne leur fait pas non plus cette proposition d'une manière à prétendre qu'elles soient absolument tenues d'y acquiescer ; car à la rigueur, elles n'y sont pas. Mais comme, par le Droit naturel, chacun peut joindre ses armes à celles d'un autre, à qui il croit que l'on fait du tort, surtout lorsqu'il craint qu'il ne lui en revienne du mal à lui-même ; on témoigne par-là manifestement un amour sincère de la paix et de l'équité, en ce que l'on souhaite d'accommoder les autres à des conditions raisonnables, et qu'on ne veut point prendre les armes contre ceux qui refusent notre médiation, avant que d'avoir tenté cette voie de douceur, qui est d'autant plus louable, qu'elle peut aisément prévenir ou terminer des guerres sanglantes.

§. V. On prend quelquefois la voie des *arbitres,* qui sont de deux sortes. Car il y en a, au

jugement desquels on doit se soumettre, soit que la sentence se trouve juste ou injuste ; et cela a lieu, lorsque l'arbitrage est fondé sur un compromis. Il y a aussi des arbitres dont le jugement n'a de force qu'autant qu'il est conforme à ce qu'un homme de bien et équitable doit prononcer ; aussi est-il sujet à être redressé sur ce pied-là. Thucydide soutient qu'on ne peut pas innocemment attaquer, comme coupable d'injustice, celui qui est tout prêt d'accepter cette voie d'accommodement (1). On en voit un grand nombre d'exemples anciens et modernes dans Grotius (2).

Il faut remarquer ici, qu'à la vérité, dans une affaire litigieuse, chacune des deux parties doit chercher tous les moyens possibles d'accommodement, afin d'éviter la guerre ; cependant celui qui demande, y est plus obligé que celui qui tient ; la cause du possesseur étant toujours favorable par le droit même de nature.

§. VI. La raison qui oblige de s'en rapporter à un arbitre, fait voir d'abord de quelle manière il doit agir. On le prend, parce que l'amour-propre rend chacun suspect en sa propre cause. Il doit donc sur toutes choses ne rien donner à la faveur, ni à la haine, et prononcer uniquement selon le droit et l'équité ; après quoi il peut se moquer de l'injuste ressentiment de celui qui a été condamné. Il paraît donc qu'un

(1) Lib. I, cap. LXXXV.

(2) Liv. II, chap. XXIII, §. VIII et suiv., avec les notes ; et liv. III, chap. XX, §. XLVI et suiv.

homme ne peut pas raisonnablement être pris pour arbitre dans une affaire où il a lieu d'espérer, en donnant gain de cause à l'une des parties, quelque avantage, ou quelque gloire, qui ne lui reviendrait pas, s'il prononçait en faveur de l'autre : en un mot, toutes les fois qu'il y a quelque intérêt particulier que l'une ou l'autre partie demeure victorieuse. Car en ce cas-là, le moyen qu'il garde exactement cette neutralité parfaite, et cette souveraine impartialité qui fait le véritable caractère d'un arbitre? Ainsi c'est un vilain personnage que celui que jouèrent les Romains, lorsqu'ayant été pris pour arbitres par les Ariciens et les Ardéates, ils s'adjugèrent à eux-mêmes, et s'approprièrent sans aucune honte les terres qui faisaient le sujet du différend entre ces deux peuples voisins (1).

Il ne doit pas non plus y avoir entre l'arbitre et les parties quelque convention ou quelque promesse, en vertu de laquelle il soit engagé à prononcer en faveur de l'une ou de l'autre des parties, soit qu'elle ait raison ou tort. Et il ne peut prétendre d'autre récompense de son jugement que celle d'avoir jugé comme il faut. C'est l'éloge que Pline donne à Trajan, au sujet des causes sur lesquelles cet empereur prononçait. *Nec aliud tibi sententiœ tuœ pretium, quam bene judicasse* (2). Au reste cela ne regarde que la qualité de la sentence ; car du reste, si l'arbitre est obligé de faire

(1) Tit.-Liv., lib. III, cap. LXXII.
(2) Panegyr., cap. LXXX, n°. 1.

des frais, ou de prendre beaucoup de peine et d'employer du temps à connaître de l'affaire; comme il n'est point obligé à donner tout cela gratuitement, il peut accepter ou exiger un dédommagement ou un équivalent raisonnable.

§. VII. On ne peut pas appeler du jugement d'un arbitre, n'y ayant point de juge supérieur pour redresser la sentence. Cela a lieu même dans la société civile, lorsqu'il n'importe point au souverain de quelle manière se vide l'affaire qui a été remise à la décision d'un arbitre, du commun consentement des parties. Quand on a pris quelqu'un pour juge, dit Pline, on lui donne pouvoir de juger absolument et sans appel. *Adeo summum quisque caussæ suæ judicem facit, quemqunque eligit, etc.* (1). Que si en certains endroits il est permis d'appeler de la sentence d'un arbitre, c'est en vertu d'une loi particulière et purement positive. On donne même quelquefois le nom d'*arbitres* à des juges extraordinaires, commis pour examiner et décider une affaire sans toutes les formalités et les longueurs du barreau. Ainsi rien n'empêche qu'on appelle d'un jugement comme celui-là. Dans tout autre cas, il faut passer par la sentence des arbitres, juste ou non : car autre chose est de dire comment un arbitre doit se comporter dans son jugement; et autre chose, de dire à quoi sont

(1) Hist. Nat. Præf.

obligés l'un envers l'autre, ceux qui ont passé un compromis entre ses mains.

§. VIII. Pour savoir en quoi consiste le devoir d'un arbitre, il faut considérer s'il a été choisi et établi en qualité de juge, proprement ainsi nommé, ou si on lui a donné un pouvoir plus étendu, qui, selon Sénèque, est en quelque façon essentiel à tout arbitrage. « Une bonne » cause, dit ce philosophe, semble être en meil- » leures mains, lorsqu'on la renvoie à un juge, » que quand elle est remise à la décision d'un » arbitre. Car le juge est lié par les formules, » qui lui prescrivent certaines bornes, au-delà » desquelles il ne saurait aller : au lieu que » l'arbitre ayant pleine liberté de juger selon sa » conscience, peut ajouter ou retrancher quelque » chose, et prononcer non selon les lois ou les » règles rigoureuses de la justice, mais suivant » ce que lui dicte l'humanité ou la compas- » sion » (1). Aristote remarque aussi qu'il est d'un homme équitable et raisonnable, d'aimer mieux prendre des arbitres que de plaider; « car » ajoute-t-il, un arbitre a égard à l'équité, au » lieu qu'un juge se règle uniquement sur la » loi. Et c'est aussi pour donner lieu à l'équité, » qu'on a inventé l'usage des arbitres » (2). Par l'équité, le philosophe n'entend pas proprement ici, comme il fait ailleurs, cette partie de la justice, qui restreint la généralité des termes

(1) *De Benefic.*, lib. III, cap. III

(2) *Rhetoric.*, lib. I, cap. XIII.

d'une loi, en suivant l'esprit et l'intention du législateur, dont nous avons parlé dans le chapitre précédent : car un juge même a pouvoir d'expliquer ainsi les lois ; mais, dans le sens dont il s'agit, on appelle *équitable*, tout ce qu'il est mieux de faire, que de ne pas faire, encore même qu'on n'y soit point obligé par les règles de la justice proprement ainsi nommée. Tempérament qui ne peut être apporté que par le juge souverain (1), ou par un arbitre, à qui l'on a donné pouvoir de juger sur ce pied-là. Mais dans le doute, l'arbitre est tenu de suivre exactement les règles de la justice.

Au reste, il est clair que, dans un différend entre deux citoyens d'un même Etat, l'arbitre ne peut juger régulièrement que selon les lois civiles, auxquelles les parties sont soumises l'une et l'autre. Mais lorsque les parties ne reconnaissent point ici-bas de tribunal commun, l'arbitre doit se régler sur les lois naturelles ; à moins que les parties n'aient consenti elles-mêmes de se conformer aux lois positives de quelque Etat.

§. IX. Grotius remarque, que les arbitres nommés par des puissances souveraines, doivent prononcer sur le *pétitoire*; car, dit-il, « les » jugemens sur le possessoire ne sont que de » droit civil : et le droit de posséder suit la pro-

(1) C'est ce que dit expressément l'Empereur Constantin. *Inter æquitatem, jusque interpositam interpretationem, nobis solis et oportet, et licet inspicere.* Cod., lib. I, tit. XIV, *de Legibus*, etc., leg. I.

» priété, par le droit des gens (1). » Je préfère cependant l'opinion de Puffendorf (2). Car, il est vrai que selon les maximes du Droit de la nature et des gens, il ne parait pas nécessaire que celui qui a été dépossédé soit d'abord remis en possession, avant que l'on ait pris connaissance de l'affaire; surtout si la cause peut être jugée en peu de temps. Mais cela n'empêche pas qu'en plusieurs différends, un arbitre ne doive commencer par examiner qui est le possesseur, pour savoir laquelle des deux parties est obligée à prouver. D'ailleurs, comme il y a quelquefois de grandes présomptions en faveur de l'une des parties, l'équité veut, que si elle a été, par exemple, dépossédée par une injuste violence, on la remette d'abord en possession, sans attendre la discussion du *pétitoire*, qui peut être longue et embarrassée : et afin que, pendant ce temps-là, le détenteur ne jouisse pas paisiblement des fruits de sa violence et des avantages de la possession (3).

§. X. Les arbitres doivent tenir la balance égale, lorsque, sans qu'il y ait aucun serment de l'une ou de l'autre partie, elles soutiennent toutes deux précisément le contraire, en matière d'une chose de fait, c'est-à-dire, qu'ils ne doivent en croire ni l'une ni l'autre, mais bien

(1) Liv. III, chap. XX, §. XLVIII.

(2) Liv. V, chap. XIII, §. VI.

(3) *Voyez* DIGEST., lib. XLI, tit. II, *de Adquirenda vel omittenda possessione*. Leg. XXXV.

examiner les indices, les raisons, et les pièces ou les actes authentiques, qui peuvent servir à découvrir la vérité. Il faut remarquer, que quand l'une des parties ne peut prouver ce qu'elle avance que par des actes qui se trouvent perdus, l'arbitre n'a d'autre expédient à prendre, que celui de déférer le serment à cette partie, avec le consentement de l'autre. Je dis, *avec le consentement de l'autre*; car autrement, dans l'état de la liberté naturelle, personne n'est obligé de remettre ses droits à la conscience de sa partie.

Mais si l'examen des indices, des raisons, des actes et autres pièces authentiques ne suffit pas : il faut prononcer sur la déposition des *témoins* qui est une preuve de moindre force. Un témoin doit être dans des sentimens d'une si grande indifférence par rapport aux deux parties, qu'on n'ait pas lieu de craindre qu'il sacrifie sa conscience à la faveur, à la haine, à un désir de vengeance, ou à quelque autre passion. Comme donc une partie peut recuser les parents et les amis de l'autre; celle-ci de son côté peut recuser ses ennemis déclarés. C'est même quelquefois par un principe d'humanité qu'on n'est pas reçu à déposition dans l'affaire d'un parent, pour n'être pas réduit à la dure nécessité ou de porter témoignage contre une personne que l'on aime, ou d'être tenté de trahir en sa faveur sa propre conscience. De-là vient que parmi les Romains, il n'y avait ni loi ni magistrat qui pût obliger un client à porter témoignage contre son patron,

ni un patron contre son client (1). Il n'y était pas non plus permis de mettre un esclave à la question, pour le contraindre à déposer contre son maître; non seulement par la raison dont j'ai parlé, mais encore parce que cela aurait exposé les maîtres à se voir trahis tous les jours par leurs esclaves.

§. XI. La loi de Moïse veut qu'il y ait pour le moins deux témoins qui déposent dans une affaire: et ce reglement est très-conforme à la raison. Car outre qu'un seul homme peut se tromper, ou mentir, ou se laisser corrompre plus aisément que plusieurs; un juge habile découvrira souvent l'imposture des témoins, en les interrogeant chacun à part: au lieu qu'il est facile à un seul de se tenir sur ses gardes, et de ne pas se couper. Il faut avouer que par ce moyen quelques crimes échappent à la vengeange des tribunaux humains, et qu'une bonne cause se perd quelquefois, parce qu'il n'y a qu'un seul témoin. Mais cet inconvénient est moindre, que celui auquel on serait exposé, si les biens et la vie de chacun dépendaient de l'habileté à mentir et de l'effronterie d'un scélérat; car il vaut mieux sans contredit qu'un petit nombre de coupables ne soient pas punis, que si plusieurs innocents étaient injustement condamnés. Il faut ajouter

(1) *Voyez* Aulu-Gelle, *Noct. Attic.*, lib. V, cap. XIII. Plutarque dans la vie de Romulus.

que la déposition d'un seul témoin oculaire est de plus grand poids, que celle de dix auriculaires:

Pluris est oculatus testis unus, quàm auriti decem (1).

Enfin le serment des témoins n'empêche pas, à ne considérer que le Droit naturel, qu'on ne puisse être reçu à les convaincre de faux témoignage; et en ce cas-là le jugement fondé sur leur déposition, tombe de lui-même, comme le portait une loi d'Athènes qui donnait action de faux témoignage (2). Cela avait lieu aussi, par le Droit romain, pourvu qu'il parut que la sentence était fondée sur la fausse déposition (3).

§. XII. Il n'est pas toujours permis de remettre à la décision du *sort* l'issue d'un différend; on n'a plein pouvoir de prendre cette voie, comme on le juge à propos, que quand il s'agit de quelque chose sur quoi on a un plein droit de propriété. Car l'obligation où est, par exemple un Etat, de défendre la vie ou l'honneur des citoyens et autres choses semblables; comme aussi l'obligation où est le souverain pour maintenir le bien de l'Etat; ces obligations, dis-je, sont trop fortes, pour que l'Etat ou le souverain puisse renoncer à l'usage des moyens les plus naturels et les plus sûrs pour sa propre conservation, et pour celle des autres. Cependant, si,

(1) Plaut. in Trucul., act. II, sc. VI.
(2) Demosth., *Orat. in Everg.*, Platon, *de Legibus*, lib. XI, etc.
(3) Cod., lib. VII, tit. VIII, *Si ex falsis instrumentis*, etc.

tout bien compté, celui qui a été injustement attaqué se trouve si faible, qu'il ne voie aucune espérance de pouvoir résister à l'ennemi; rien n'empêche, qu'il n'offre de vider le différend par la voie du sort, pour éviter ainsi un péril certain en s'exposant à un danger incertain; car c'est alors le moindre des deux maux inévitables (1).

§. XIII. Il y a encore un moyen pour vider les querelles entre ceux qui se trouvent dans l'indépendance naturelle, ce sont les *combats singuliers*, dont l'usage ne semble pas devoir être absolument rejeté, lorsque deux personnes, dont les differends causeraient de grands maux à des peuples entiers sont prêtes à vider leur querelle par les armes. L'histoire nous en fournit des exemples, d'un contre un de part et d'autre, ou de deux contre deux, ou de trois contre trois, ou d'un certain nombre contre un nombre égal. Nous avons un exemple du premier dans le combat d'Enée et de Turnus(2), de Ménélas et de Paris (3): du second, dans le combat entre les Etoliens et les Eléens(4): du troisième entre les Horaces-Romains d'un côté, et les Curiaces Albains de l'autre (5): du quatrième, dans le combat entre les Lacédémoniens et ceux d'Argos (6)

(1) *Voyez* tom. II, part. IVe., chap. I, pag. 412.
(2) Virgil., *Eneid.*, lib. XII.
(3) Homere, *Iliad.*, lib. III.
(4) Pausanias, lib. V. cap. IV.
(5) Tit.-Liv., lib. I, cap. XXIV et suiv.
(6) Thesée, Fragm. cité par Stobée, serm. VII.

Mais l'on demande si l'on peut, pour vider une querelle, s'en remettre au succès d'un combat semblable à ceux dont nous venons de rapporter des exemples ? Si j'envisage cette question du côté politique, je dois regarder ces combats comme des moyens fort téméraires de vider les querelles ; car par un seul coup, qu'on doit souvent au hazard, on risque la liberté et le salut d'un Etat entier ; à moins, que tout bien considéré, on n'ait une grande espérance d'un bon succès de ce combat, que du côté de toutes les forces de l'Etat, qui pourraient être moindres et beaucoup plus faibles que celles de l'ennemi ; car alors on peut embrasser ce parti, comme le moindre des deux maux auxquels on est inévitablement exposé. Mais ce cas est fort rare ; car la partie supérieure en forces, étant presque sûre du succès de ses armes, ne voudra pas se rendre égale par un combat singulier.

Mais si j'envisage cette question du côté moral, je ne sens pas assez la difficulté de Grotius (1) et de Puffendorf (2) à se décider hardiment pour l'affirmative, pourvu qu'on en ait l'approbation de l'état. Car la vie d'une armée entière est bien plus précieuse que celle d'un seul particulier, qui d'ailleurs est obligé par le Droit naturel de la sacrifier au bien de la société. Si donc un état ayant considéré que le seul moyen d'obtenir sa liberté et son salut, est celui d'un

(1) Liv. III, chap. XX, §. XLIII.
(2) Liv. VIII, chap. VIII, §. V.

combat singulier, ordonne de son pur mouvement, ou permet à un citoyen généreux qui s'offre de prendre sa vengeance au risque même de sa vie, il ne pêchera pas contre la charité, en exposant à la mort un homme, pendant qu'il en sauve par-là un très-grand nombre : ni le citoyen ne pêchera contre soi-même ni contre Dieu, comme Grotius s'exprime, parce qu'il expose sa vie par l'ordre ou l'approbation du supérieur qui a le droit de l'y contraindre. L'histoire de David garantit aussi notre décision.

CONCLUSION GÉNÉRALE.

§. I. Le détail où nous sommes entrés depuis la IIIe. partie, page 187 du tome II, jusques ici, sur les différents devoirs de l'homme envers Dieu, envers soi-même, envers ses semblables, devoirs que nous avons tirés des principes généraux du Droit naturel, développés dans les deux premières parties, leur parfaite conformité avec ce que Dieu a daigné nous apprendre par le moyen de la révélation ; conformité que nous avons tâché d'indiquer dans toutes les occasions qui se sont présentées : Tout cela, dis-je, en nous faisant sentir la justesse de l'expression du judicieux Sophocle dans son *Œdipe*, que « les loix naturelles sont descendues du ciel, » que Dieu en est le seul père, que ce n'est pas la » race mortelle des hommes qui les a engendrées; » nous fournit le plus grand argument, et un argument décisif en faveur de la divinité de la révéla-

tion et de son auteur ; car s'il est vrai que les lois naturelles ont Dieu pour auteur, toute doctrine qui s'y conforme doit couler de la même source. Celui donc qui enseigne la même doctrine, qui nous exhorte à l'embrasser, à la suivre, qui par son exemple nous montre même le chemin de la perfectionner et de la rendre encore plus sublime; celui-là, dis-je, sera un vrai ministre de Dieu, un homme choisi, un homme selon le cœur de Dieu, et par conséquent incapable de mentir, de tromper, de séduire. Or, si un tel homme nous répète sans cesse qu'il est envoyé de Dieu, et son fils même ; persuadés de la sainteté de sa doctrine, de ses mœurs irréprochables, de son zèle ardent pour le salut des hommes, nous ne saurions nous refuser à le reconnaître pour *le Christ de l'Eternel et le Fils du Dieu vivant ;* et qu'il ne nous a appris que ce que son *Père Eternel lui a enseigné*, et qu'il nous a *enseigné la voie de Dieu en vérité*. De quel encouragement ne sera-t-elle pas cette parfaite conformité de la loi naturelle avec l'Evangile ; et la démonstration qu'on en tire de la Divinité de ce dernier? Il est en effet bien consolant pour un chrétien, que la loi qu'il sent gravée dans son cœur, est la même que celle que Dieu a daigné lui révéler par la mission de son propre fils ; pour suppléer par-là aux égaremens d'une raison corrompue, ou étouffée par une mauvaise éducation ; et que les récompenses de la vie future, que la raison lui faisait entrevoir, se trouvent si bien constatées, si clairement confirmées par la révélation !

Peut-on imaginer des motifs plus puissants pour porter un être raisonnable à se conduire constamment suivant le dictamen de la raison, éclairée par la lumière de la révélation, à méditer sans cesse ses maximes, et à montrer le plus sincère attachement pour elles dans toutes les actions de la vie?

§. II. Le développement méthodique des devoirs de l'humanité nous fait encore admirer la simplicité de la législation divine. Par le même acte qu'il *créa l'homme pour la société*, Dieu lui donna la législation la plus sublime, et la plus étendue. Car l'homme, en tant que créature de Dieu, reconnaît aisément tous ses devoirs d'amour, de respect et de crainte envers son créateur; et devant par-là à son créateur son essence et son existence, il reconnaît qu'il n'en est pas le maître, mais qu'il les a reçues comme un dépôt, dont il est responsable. Enfin créé pour la société, et devant vivre avec ses semblables, qui lui sont parfaitement égaux, il en sent toutes les suites, et parcourt sans peine toutes les obligations dont il est chargé vis-à-vis d'eux. Et à moins que sa raison ne soit entièrement étouffée par les passions, ou par une éducation convenable plutôt aux bêtes brutes que digne d'un être raisonnable, ces principes si simples le rendront vertueux et par conséquent heureux.

Ajoutons encore que cette admirable législation n'étant pas écrite, mais gravée dans le cœur de l'homme, étant le résultat de sa nature, de son origine, de sa destination, est la seule capa-

ble de rendre l'homme vertueux ; car il en porte le code toujours avec lui, et il n'est pas possible de l'ensevelir dans l'oubli : elle est toujours présente, elle pèse les actions avant et après leur exécution, elle nous avertit sans jamais y manquer, et souvent même malgré nous, de leur honnêteté ou de leur turpitude ; tandis que les magistrats même les plus laborieux, ignorent la plupart des lois de leur propre pays, étant à tout moment obligés d'en consulter les volumes. Lycurgue, ce grand législateur a été le seul qui connût cette vérité ; aussi defendit-il expressément de coucher ses lois par écrit. Il voulut les imprimer dans l'esprit, et dans le cœur de ses concitoyens par la pratique et par l'usage ; « Persuadé, » dit Plutarque, que ce qu'il y a de plus fort et » plus efficace pour rendre les villes heureuses » et les peuples vertueux, c'est ce qui est em- » preint dans les mœurs et dans les esprits des » citoyens (1). » Et il y réussit. En effet, le gouvernement de Lacédémone, où l'autorité était partagée en cinq corps différents, deux rois, un sénat, cinq éphores, et l'assemblée du peuple, était une espèce de paradoxe politique. Il semblerait que l'opposition de toutes ces différentes puissances, qui se traversaient réciproquement, aurait dû être une source perpétuelle de troubles et de dissentions intestines. Cependant on ne trouve dans l'histoire aucun état qui ait été moins

(1) Dans la vie de Lycurgue.

agité que Sparte ; et Polybe dit, que de tous les peuples connus, il n'y en avait point qui eût conservé plus long-temps sa liberté (1). Ce ne fut certainement pas l'effet d'un gouvernement aussi défectueux dans sa constitution que l'était celui de Lacédémone. On n'en peut donc attribuer la cause qu'aux mœurs des Spartiates, et par conséquent à la législation de Lycurgue qui approchait de fort près la législation naturelle. Tant qu'elle fut exactement observée, l'intérêt de l'état prévalut sur des considérations particulières, et Sparte fit trembler ses voisins. Elle périt dès qu'elle s'en écarta

Après ces considérations, quel jugement porterons-nous de cet amas énorme de volumes de lois, de gloses, et de commentaires dont le Droit civil est composé, amas propre plutôt à inviter les magistrats à demeurer dans l'ignorance, qu'à former les mœurs d'une nation, et à la rendre vertueuse?

Il est certain, que pour mener les hommes à la vertu, il faut les y former de bonne heure : l'âge de l'éducation est le seul propre pour y parvenir. A cet âge on commence à former les habitudes d'un jeune homme, on lui développe le germe de la raison, qu'on promène des principes du juste et de l'honnête aux conséquences les plus simples, afin que dans la suite, la raison plus exercée, puisse en faire l'application aux

(1) Lib. VI, cap. VI.

conséquences plus composées et plus éloignées; et ces maximes connues, ces applications faites systématiquement dans le bas âge, sont ineffaçables de l'esprit de l'homme. Elles sont son guide toute sa vie.

Mais il est impossible d'en faire autant pour les lois civiles. D'abord elles sont si peu cohérentes entre elles, qu'elles semblent être plutôt l'ouvrage du pur hasard, que d'une raison éclairée. Guidés par des vues et des intérêts différents, ceux qui les font s'embarrassent peu du rapport de ces lois entre elles. Il en est de la formation de ce corps entier des lois comme de la formation de certaines îles : des paysans veulent vider leur champ des bois, des pierres, des herbes et des limons inutiles; pour cet effet, ils les jettent dans un fleuve, où je vois ces matériaux, chariés par les courants, s'amonceler autour de quelques roseaux, s'y consolider, et former enfin une terre ferme. C'est cependant à l'uniformité des vues du législateur, à la dépendance des lois entre elles, que tient leur excellence; et c'est de cette excellence qu'on doit en attendre tout le succès; si elle manque, les lois sont inutiles, et elles ne servent tout au plus qu'à faire sentir qu'il y a un pouvoir législatif dans l'état. Mais pour établir cette dépendance et obtenir cette excellence de la législation, il faut pouvoir les rapporter toutes à un principe simple, tel que celui de l'utilité publique, c'est-à-dire, du plus grand nombre des hommes soumis à la même forme de gouvernement : principe dont personne ne connaît toute

l'étendue, ni la fécondité : principe qui renferme toute la morale et la législation, que beaucoup de gens répètent sans l'entendre, et dont les législateurs même n'ont encore qu'une idée superficielle, du moins si l'on en juge par le malheur de presque tous les peuples de la terre.

Outre l'incohérence des lois civiles entre elles, leur multiplicité est un obstacle encore plus fort que le premier à leur dépendance, et par conséquent à leur excellence. Car la multiplicité des lois répugne avec leur perfection. Tacite l'a dit avant moi : La multitude des lois dans un gouvernement, est une preuve de sa corruption. En effet, pourquoi de nouvelles lois, si les premières arrêtaient l'injustice? Pourquoi les troisièmes, si les secondes y suffisaient? De deux choses l'une : ou la cupidité est parvenue à ne plus connaître de frein, ou le frein est mal forgé, les lois mal faites. On en fait d'autres : et il est difficile alors qu'un nombre infini de lois, surtout de décisions hypothétiques, n'offrent des prétextes et des espérances à un esprit avide et prévenu par son intérêt : de sorte que les lois sans nombre prouvent la corruption et la servent.

Ajoutons enfin, que les lois naturelles, en nous faisant connaître nos devoirs, nous persuadent de leur justice, de leur honnêteté, de leur rapport avec notre bonheur ; et cela d'une manière à n'en pouvoir point douter. C'est au contraire, un très-grand défaut d'une loi civile, lorsqu'elle raisonne ; car, c'est dans ce raisonnement de la loi, que l'on croit souvent trouver les moyens

d'établir un intérêt dont on est préoccupé; c'est dans ce raisonnement que les esprits subtils cherchent des détours pour éluder le véritable sens de la loi : enfin, c'est ce raisonnement qui a fourni ce nombre immense de commentaires, qui, au lieu d'éclaircir, augmentent la confusion. Le raisonnement est indigne, dit-on, de la majesté de la loi. *Nihil mihi videtur frigidius*, disait Sénèque, *quam lex cum prologo :* JUBEAT LEX, NON SUADEAT. Cependant, un être raisonnable sera porté bien plus efficacement à l'observation des lois, lorsqu'il en connaît le rapport avec ces puissants motifs qui le déterminent à s'y conformer. Or, les lois naturelles nous le font voir dans tout l'éclat de l'évidence, tandis qu'il est de l'intérêt des lois civiles de nous le cacher. *Jubeat lex, non suadeat.*

Si donc les lois civiles sont incohérentes entre elles, et n'approchent nullement du système : si le nombre en est exorbitant : si elles ne persuadent point; comment veut-on prétendre de les graver dans le cœur des hommes, de les y arranger avec le même ordre, la même facilité qu'on y grave les lois naturelles; de les porter par-là, à reconnaître l'intérêt qui doit les déterminer à s'y conformer, et à parvenir par ce moyen à former les mœurs d'une nation et à la rendre vertueuse? Aussi y a-t-il long-temps que le Droit civil a renoncé à cette prétention; car tout législateur reconnaît que, avec ses codes, il ne fera que des fourbes, qui ne se conformeront à ses arrêts,

qu'autant qu'ils pourront craindre que la puissance coactive ne soit prête à fondre sur eux ; et feront usage de toute la ruse humaine pour s'en écarter impunément. Pour parvenir à ce but, il faudrait que les lois civiles pussent régler l'intérieur de l'homme ; mais comme elles ne sauraient, dit-on, y pénétrer, elles ne sont pas en droit de se mêler de ce qui s'y passe. Voilà un raisonnement fondé sur une de ces maximes gothiques que l'usage a consacrées sans que personne ose les approfondir.

Le Droit civil ne peut pas régler l'intérieur de l'homme : ses lois ne sauraient y pénétrer ; elles ne sont pas en droit de se mêler de ce qui s'y passe. Mais d'abord, ces mêmes lois civiles n'en ordonnent-elles pas l'observation ? Or, dès que les hommes doivent les observer, il faut nécessairement que la volonté s'y détermine ; ainsi, ces mêmes lois ont droit de régler les déterminations de la volonté, et par conséquent l'intérieur de l'homme ; à moins que l'on ne dise que c'est l'automate dans l'homme qui observe les lois civiles. Mais l'homme ne s'y soumet que malgré lui, et par crainte : soit ; il s'y soumet cependant, il se détermine à la fin à conformer sa volonté à celle du législateur; celui-ci règle donc l'intérieur de l'homme, bon gré mal gré qu'il en ait ; et tout ce que l'on pourrait conclure de là, ce serait, qu'il y a des hommes dont le cœur se moule par raison sur la volonté du souverain, et d'autres que la seule crainte fléchit. Mais, les lois natu-

relles, dont tout le monde reconnaît l'empire sur le cœur humain, ne sont-elles pas sujettes au même sort? D'ailleurs, pour qu'une loi civile soit sage; je dirai encore plus, pour qu'elle nous oblige, elle doit être une application ou un commentaire, suivant les circonstances d'une nation, des lois naturelles. Jamais souverain, tant soit peu raisonnable, n'a osé s'attribuer ouvertement le pouvoir de faire des lois uniquement à sa fantaisie, et sans avoir égard aux principes naturels du juste et de l'injuste. Or, si les lois naturelles règlent l'intérieur de l'homme; si elles ont le droit de se mêler de ce qui s'y passe, pourquoi le refuserons-nous à leurs applications, à leurs commentaires?

Mais il y aurait encore un autre moyen de revendiquer ce droit aux lois civiles, et de leur donner cette efficace de rendre les hommes vertueux, que personne ne s'est jamais avisé de refuser aux lois naturelles. Ce serait de leur opposer le sceau de ces dernières, pour m'exprimer ainsi. C'est-à-dire, il faudrait, 1°. que le législateur obligeât tous ses sujets, sans exception, à s'instruire dans le Droit naturel; instruction qu'on pourrait rendre très-courte et fort facile. Je voudrais même qu'on préférât cette instruction à celle de la religion; car, outre que le Droit naturel embrasse aussi les devoirs religieux, il s'étend beaucoup sur les devoirs de la sociabilité: ce que les instructions de religion ne font pas. D'ailleurs, le raisonnement étant une nourriture beaucoup

plus conforme à la nature d'un être raisonnable, que la simple voix d'un catéchiste; les devoirs de l'homme développés par la raison auront bien plus de prise sur lui que la lecture d'un catéchisme. Le législateur devrait se montrer inflexible contre l'inobservation des lois naturelles, le plus ferme appui du bonheur de l'Etat; il devrait les rendre inviolables par cette sanction, qui porte ordinairement la plupart des hommes à l'observation des lois civiles; c'est l'observance des lois naturelles qui doit faire la première loi de l'Etat.

2°. Mais comme les différentes circonstances physiques et morales rendent l'application des lois naturelles à certains cas fort compliquée, et que la plupart des hommes ne sauraient jamais faire; le législateur est obligé de faire des lois civiles, au moyen desquelles il montre cette application. Or c'est-là l'écueil où la plupart des législations humaines ont échoué; parce qu'ayant perdu de vue les lois naturelles, qu'elles ne devaient que commenter, elles ont prétendu donner des règles de conduite aux hommes, tirées de leur propre fonds, sans s'apercevoir que l'homme n'est susceptible d'autre règle que de celle qui est fondée sur sa propre nature, et qui le mène clairement et distinctement à son bonheur. Le législateur sensé doit donc rapprocher ses lois autant qu'il est possible, des principes des lois naturelles, et les proposer comme des conséquences évidentes de leurs dé-

cisions toujours infaillibles. *Repetam stirpem juris à naturâ* (1), disait sagement Cicéron. C'est-là la vraie source de la législation ; car, il ajoute, *non à Prætoris edicto ut plerique nunc, neque à XII tabulis, ut superiores sed penitùs ex intimâ philosophiâ auriendâ juris disciplinâ* (2). C'est en effet le véritable but de la philosophie, but qui nous a été montré déjà depuis bien long-temps par le divin Socrate ; mais que les hommes ont malheureusement presque toujours perdu de vue. *Socrates autem primus philosophiam devocavit è cœlo et in urbibus collocavit, et in domos etiam introduxit, et coegit de vitâ et moribus, rebusque bonis et malis quærere* (3). Par ce moyen les hommes instruits des principes des lois naturelles, et pénétrés de leur sainteté, reconnaîtront aisément cette même qualité dans les lois civiles, et ils seront portés à les observer par raison plutôt que par crainte, et la législation humaine pourra se flatter d'avoir autant d'empire sur le cœur de l'homme, que les lois naturelles y en ont. En effet, quel empire n'ont-elles pas sur le cœur de l'homme ces lois civiles qui, ou découlent clairement des lois naturelles, ou qui sont des lois naturelles elles-mêmes ; telles que celles qui défendent le meurtre, l'adultère, ou qui ordonnent la réparation

(1) *De Leg.*, lib. I.
(2) *De Leg.*, lib. I, 5.
(3) Tuscul. V.

du dommage? Au contraire, quelle indifférence ne sent-on pas pour ces lois, qui, ou ne découlent pas clairement des décisions du Droit naturel, ou même s'en éloignent, comme la loi de l'Ostracisme, la peine de mort que Dracon avait décernée pour les moindres fautes; celle des Romains qui condamne au dernier supplice tous les esclaves qui se sont trouvés sous le même toit avec un maître, dans le temps que celui-ci a été assassiné, quand même on n'a aucune preuve qu'ils soient complices du meurtre, etc.? Si on veut fléchir le cœur de l'homme, il faut le prendre par le cœur; et le seul moyen c'est d'étudier sa nature et de s'y conformer.

3°. Il ne suffit pas de mettre de la liaison entre les lois civiles et les lois naturelles; mais il faut encore que la législation humaine, imitant la législation divine naturelle, porte des lois courtes, précises, bien méditées, liées entre elles, mais surtout si bien dictées, qu'elles n'en aient pas besoin d'autres pour les interpréter. Les lois de Moïse, celles de Dracon, de Licurgue, de Romulus, de Numa, celles des XII Tables peuvent servir de modèle; mais il faut surtout veiller avec sévérité à leur exécution. On s'accoutume à mépriser les lois dès qu'on aperçoit qu'on peut les transgresser impunément.

4°. Mais si le législateur veut obtenir son grand but dans les lois qu'il porte, s'il souhaite que ses lois aient quelque empire sur le cœur de ses sujets, il doit prendre bien garde de ne pas les

multiplier sans une extrême nécessité : il doit même regarder cette nécessité comme un vrai malheur ; car toute nouvelle loi civile est un nouveau pas que la nation fait à la corruption. Nous avons vu que les lois naturelles suffisent à l'homme pour qu'il s'acquitte de ses devoirs, pour être vertueux, et pour obtenir son bonheur. La moindre connaissance qu'il ait des lois naturelles, est suffisante pour lui faire sentir cette vérité. Que si le législateur a donné encore plus de force à ces lois par une sanction civile, la raison et la crainte, les plus puissants motifs des déterminations humaines, doivent porter sûrement l'homme à vivre conformément à ces lois. Mais si ces digues ne suffisent pas pour arrêter l'impétuosité des passions, comment pourrait-on se flatter de s'y opposer par une digue bien plus faible, telle que la législation civile, qui, la crainte temporelle exceptée, n'a d'autre force que celle que les lois naturelles lui donnent ? Ne vaudra-t-il pas infiniment mieux conserver la première digue, la réparer dans les endroits où elle peut souffrir, et par une surveillance à toute épreuve, la rendre inébranlable, la mettre à l'abri de toute infraction ? Ajoutons encore que la surveillance à l'exécution des lois doit malheureusement diminuer dans la même proportion que le nombre des lois augmente ; les magistrats même, et ceux qui doivent veiller à cette exécution, ne les connaissent pas seulement toutes, lorsque le nombre en est considérable. Que si

on ne veille pas à l'exécution des lois, à quoi bon les faire? En effet, ce qu'on conclut ordinairement de la publication d'une nouvelle loi, c'est : *nous en avons pour une quinzaine de jours*. C'est l'effet naturel de l'abus de la puissance législative.]

FIN DU TROISIÈME VOLUME.





